

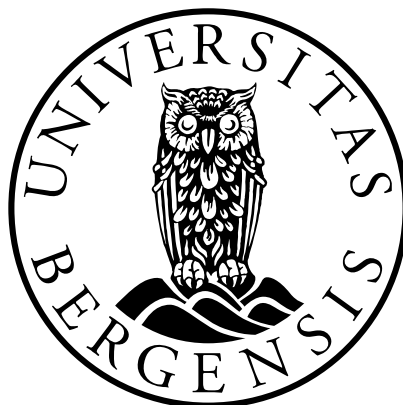
Alternativ behandling

Om culpa og krav til behandlerens atferd ved alternativ behandling

Kandidatnummer: 173061

Veileder: Johan Giertsen

Antall ord: 14852



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2013

Det spiller ingen rolle hvilken farge katten har

Så lenge den fanger mus.

- *Deng Qiao Ping*

Innhold

1	Innledning	5
1.1	Introduksjon	5
1.2	Presisering av problemstilling	5
1.3	Rettskilder og rettskildebruk	6
1.3.1	Om helserettens kilder og overføringsverdi	7
1.4	Om feilbehandling som skade	7
1.5	Kort om markedet og omfang av bruken	8
1.6	Behandlingsformene.....	9
2	Alternativ behandlingslovens betydning for culpavurderingen.....	11
3	Med culpa som utgangspunkt	14
3.1	Innledning.....	14
3.2	Kontraktens betydning for culpaansvaret.....	14
3.3	Profesjonsansvarets betydning ved alternativ behandling	16
3.4	Culparegelen ved alternativ behandling.....	17
3.4.1	Når kunden er pasient – en skjerpet norm?	19
4	Om skadepotensiale, faglig kompetanse og forebygging av skade	20
4.1	Innledning.....	20
4.2	Behandlingens skadepotensiale.....	20
4.3	Krav til kompetanse	22
4.3.1	Kan det kreves skolemedisinsk kompetanse?	25
4.4	Forebyggende tiltak – undersøkelsesplikt?.....	26
4.4.1	Et særlig problem – fjernbehandling	30
4.4.2	Betydningen av pasientens opplysninger	32
5	Om det informerte samtykke	33
5.1	Innledning.....	33
5.1.1	Forutsetninger og avgrensninger.....	33
5.2	Et gyldig samtykke.....	33

5.3	Kort om informasjonens innhold	35
5.4	En pasientorientert informasjonsplikt	36
5.5	Virkningen av manglende samtykke	37
6	Pasientens egeneksponering for risiko	40
6.1	Innledning	40
6.2	Ansvarsfriende samtykke	40
6.2.1	Aksept av risiko	42
6.3	Behandlerens uaktsomme opptreden	43
6.4	Avgrensning mot betydelig skade	44
6.5	Kort om medvirkning	45
7	Avsluttende bemerkninger	46
8	Litteraturliste:	47
8.1	Bøker	47
8.2	Artikler	47
8.3	Lover	48
8.4	Opphevede lover	48
8.5	Forskrifter	48
8.6	Forarbeider	48
8.7	Andre kilder	49
8.8	Domsregister	49
8.9	Nemndsvedtak	50

1 Innledning

1.1 Introduksjon

Denne oppgavens tema er pasientens krav på erstatning ved alternativ behandling.

Temaet alternativ behandling er vanskelig å håndtere rettslig. En stor utfordring er at alternativbransjen består av behandlere med svært ulike faglige utgangspunkt og ulike tilnærminger til pasienten. Det finnes behandlere som tilbyr fjernhealing, hvor behandleren overfører energi til pasienten gjennom tankekraft. Pasienten kan gjerne befinne seg i en annen landsdel. Et kjent eksempel på dette er Snåsamannen, som ble landskjent for sine egenskaper for noen år siden. På den andre siden av spekteret er behandlingsformer som har stor likhet med behandlingsformer som tilbys i helsevesenet. Et eksempel er naprapati. Andre alternative behandlingsformer tilbys i helsevesenet, som akupunktur.

Felles for alle disse behandlingsformene er at enhver kan utøve dem. Det er ingen lov- eller forskriftsfestede krav til kompetanse eller forsvarlighet. Det er ingen offentlig godkjenning av behandlingsformene og heller ikke offentlige tilsynsorganer som kontrollerer behandlernes faglighet. Samtidig faller alternativ behandling utenfor de ordinære forbrukerlovene og utenfor helseretten.

1.2 Presisering av problemstilling

Det overordnede spørsmålet er hvilke krav til aktsomhet som gjelder for alternative behandlere.

Vurderingen foretas med utgangspunkt i den alminnelige culpanormen. Utgangspunktet er at alternative behandlere er bundet av den alminnelige culpanormen i sin yrkesutøvelse.

Culpanormen er en allmenn norm som stiller krav til forsvarlig atferd. Oppgavens hovedtema er å finne ut hvilke forsvarlighetsnormer som gjelder for alternative behandlere.

Med utgangspunkt i culpanormen ser jeg på risikofordelingen mellom pasienten og behandleren, om det finnes forhold på pasientens side som påvirker ansvarsvurderingen.

Opgavens tema er avgrenset til ansvarsgrunnlaget. Spørsmål om årsakssammenheng og utmåling drøftes derfor ikke.

Av hensyn til omfang drøftes ikke situasjonen der pasienten mottar alternativ behandling av helsepersonell eller i helsevesenet. Som eksempler kan nevnes at akupunktur tilbys som smertelindring under fødsel ved flere norske sykehus. Mange leger tilbyr alternativ behandling

som et supplement.¹ Et annet aktuelt eksempel er Fyresdal kommune, som gir helsepersonell opplæring i alternative behandlingsmetoder.²

I disse tilfellene kommer helsepersonelloven og pasientskadeerstatningsloven i de aller fleste tilfeller til anvendelse. Det innebærer at helserettens krav til forsvarlighet og faglighet gjelder også i disse situasjonene, hvilket gjør at utgangspunktet vil være at man står overfor en streng lovfestet aktsomhetsnorm. Som jeg vil vise i oppgaven kan kravene ha overføringsverdi. Ettersom culpanormen er en allmenn regel med krav til forsvarlig atferd, vil det sentrale i begge vurderingene være om behandleren har opptrådt forsvarlig. Rettskildebildet vil imidlertid ikke være det samme.

1.3 Rettskilder og rettskildebruk

Lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling (alternativ behandlingsloven) inneholder ikke bestemmelser om erstatning. Søk i publiserte avgjørelser fra tingrett, lagmannsrett og Høyesterett viser at erstatningsspørsmålet ikke har vært oppe tidligere. Heller ikke i svensk eller dansk rettspraksis kan jeg se at spørsmålet om erstatning er behandlet. Alternativ behandling er ikke behandlet inngående i teorien, med unntak for i Anne Kjersti Befring sin kommentarutgave til alternativ behandlingsloven. Med et utfordrende rettskildebilde har det vært nødvendig å se til andre rettsområder for overføringsverdi.

Utgangspunktet for drøftelsene i oppgaven er den alminnelige culpanormen, slik den fremgår av rettspraksis og teori.

Rettspraksis fra den alminnelige erstatningsretten er en viktig rettskilde. Det har vært nødvendig å benytte dommer fra rettsområder som til dels har stor avstand til mitt tema. Rettspraksis fra andre områder har overføringsverdi i to tilfeller; 1) dersom dommen gir uttrykk for et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp som er relevant på flere områder, 2) dersom det er faktisk likhet mellom tilfellene, slik at dommen bidrar til å belyse særlige problemstillinger eller illustrerer mitt tema. Det siste gjelder særlig rettspraksis fra helsevesenet, hvor den faktiske likheten kan være stor.

Vurderingen knyttes opp mot relevante bestemmelser i alternativ behandlingsloven der disse har overføringsverdi. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 2.

¹ Eksempelvis ved Balderklinikken (www.balderklinikken.no) <http://www.balderklinikken.no/behandlere> (07.12.13)

² Fyresdal kommune sine nettsider (www.fyresdal.kommune.no) http://www.fyresdal.kommune.no/Lokaldemokrati/Ordforarens_side/2012_des.aspx (07.12.13)

Reelle hensyn har generelt stor betydning ved skjønnsmessige vurderinger på erstatningsrettens område. Det gjelder i særlig grad for mitt tema, ettersom det ellers er lite relevante rettskilder.

1.3.1 Om helserettens kilder og overføringsverdi

En problemstilling er hvilken overføringsverdi helserettens kilder har. Problemstillingen følger naturlig av den tidvis store faktiske likheten mellom situasjonene.

For helsepersonell er kravet om forsvarlig yrkesutøvelse grunnleggende, jf. helsepersonelloven § 4.³ I bestemmelsen slås det fast at «Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.» Formuleringen har stor likhet med formuleringen i skadeserstatningsloven § 2-1, jf. punkt 3.4. Den illustrerer godt hva som i alminnelighet vil være utgangspunktet ved vurderingen av forsvarlig opptreden i en behandlingssituasjon.

Høyesterett har ved flere anledninger behandlet spørsmålet om erstatning for helsepersonells culpøse opptreden, og flere av dommene har prejudikatsvirkning. Et eksempel er Jordmordommen som i teorien og rettspraksis benyttes utenfor helseretten.

Problemstillinger vedrørende helsepersonells forsvarlighet behandles først og fremst av Helsepersonellnemnda. Flere saker har stor likhet med situasjoner som kan oppstå ved alternativ behandling. Nemndspraksisen kan ha verdi for å illustrere hva som er vurderingstema i slike situasjoner. Spesielt relevant er avgjørelser som er i tråd med det som er ansett som gjeldende rett på erstatningsrettens område. Tilsvarende gjelder for avgjørelser fra Pasientskadenemnda.

1.4 Om feilbehandling som skade

Et erstatningsrettslig grunnvilkår er at skadelidte skal ha blitt påført en skade som kan omregnes i økonomisk tap. Etter Høyesteretts praksis kan «utgifter pådratt for å forhindre, begrense eller avbøte en skade» kreves erstattet også dersom «den skadede interesse ikke har økonomisk verdi».⁴ Dette formuleres i teorien som prinsippet om at skadevolder må dekke «nødvendige og påreknelege utgifter til gjenoppretting».⁵

³ Det er også bestemmelser om forsvarlighet i spesiallovgivningen, f.eks. tannlegeloven § 25 og jordmorloven § 3.

⁴ Rt. 1996 s. 1473 (s. 1476 til 1477)

⁵ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007 s. 68

For personskader vil det som regel være utgifter eller inntektstap som kan kreves erstattet.

Unntak er oppreisnings- eller menerstatning, som faller utenfor oppgavens tema.

Jeg omtaler skader som oppstår i behandlingssammenheng som feilbehandling. Begrepet kan vise til flere forskjellige situasjoner, og er ikke bundet opp til om skaden er en integritetskrenkelse eller et rent formuestap. Jeg har av fremstillingsmessige grunner valgt å begrense min fremstilling til integritetskrenkelsene.

Eksempler på erstatningsmessige skader, er for eksempel når pasienten må amputere en lunge som følge av mislykket akupunktur, dersom pasienten påføres alvorlig smitte, eller får infeksjon på grunn av manglende hygiene.⁶ Andre situasjoner kan være at pasienten får skulderen ut av ledd under naprapatbehandling, muskelskader av massasjeterapi, eller tabletter gitt av ernæringsterapeuten gir mage- og tarmproblemer.

1.5 Kort om markedet og omfang av bruken

Det finnes ingen dokumentasjon på antall aktive alternative behandlere i Norge. Per 1. desember er det registrert 2905 behandlere i utøverregisteret.⁷ Registreringen er frivillig, og ble opprettet av Helsedepartementet for å bidra til økt seriøsitet blant behandlerne og økt pasientsikkerhet.

Ordningen innebærer ingen godkjenning av behandlingsmetodene, men innebærer at utøverne forpliktes til å overholde grunnleggende krav til faglig kompetanse og lignende gjennom sine bransjeorganisasjoner. Det er trolig flere behandlere enn registeret gir uttrykk for. I forarbeidene ble det anslått at det var omtrent 5000 organiserte behandlere.⁸ I tillegg kommer behandlerne som ikke er organisert.

I arbeidet med NOU 1998:21 Alternativ medisin, forsøkte Aarbakke-utvalget å kartlegge befolkningens bruk av alternativ behandling ved å gå gjennom forskningsresultater og litteratur om temaet.¹⁰ Det ble anslått at 11% av befolkningen benyttet seg av denne typen tjenester, mens SSB i 2008 konkluderer med at 12% av befolkningen har benyttet seg av slik behandling det siste året.¹¹ I andre undersøkelser er tallet opp mot 50%.¹²¹³ De store ulikhetene stammer fra ulike definisjoner av «alternativ behandling».

⁶ Anne Kjersti Befring, *Lov om alternativ behandling – med kommentarer*, (2005) s. 205

⁷ Se Brønnøysundregisterets internettsider (www.brreg.no) <http://w2.brreg.no/altbas/>

⁸ Befring s. 79 flg.

⁹ Ot.prp. nr. 27 (2002 – 2003) s. 35

¹⁰ NOU 1998:21 Alternativ medisin punkt 7.2.2

¹¹ Jorunn Ramm, «Helse – flere velger alternativt», *Samfunnsspeilet*, 2010 s. 33 – 40.

¹² NAFKAM-undersøkelsen (www.nifab.no) [http://nifab.no/om alternativ behandling/tall og fakta/nafkam undersokelsen 2012](http://nifab.no/om_alternativ_behandling/tall_og_fakta/nafkam_undersokelsen_2012) (01.12.13)

1.6 Behandlingsformene

Uttrykket «alternativ behandling» omfatter en rekke forskjellige behandlingsformer som til dels er svært ulike. For å illustrere utfordringene med å stille opp faglige og andre krav til utøverne går jeg gjennom et utvalg av behandlingsformene. Behandlingsformene er gruppert ved hjelp av likhetstrekk, basert på Nasjonalt forskningssenter innen komplementær og alternativ medisin (NIFAB) sin kategorisering.¹⁴

Gruppe 1) er behandlingsformene som kalles «mind-body behandlingsformer». Felles for disse er fokuset på sammenhengen mellom kropp og psyke. Ofte hevdes det at man ved hjelp av egen bevissthet eller tanker kan påvirke den fysiske helsen. Eksempler på denne typen behandlingsform er meditasjon og forskjellige former for samtaleterapi. Behandlingsformene utøves på en måte som tilsier at risikoen for fysisk skade vil være lav. Langvarige behandlingsopplegg kan være belastende for pasientens psyke og økonomi. I slike tilfeller er psykiske skader eller rent formuestap aktuelt.

I gruppe 2) er behandlingsformer som baseres på kroppen og dens biologiske prosesser. Felles for disse behandlingsformene er fokus på ernæring og kostråd. Kosttilskudd, urter og mat benyttes gjerne i behandlingen. Behandlingsformene skiller seg på dette punktet fra helsevesenet ved at de gjerne anbefaler større doser av tilskudd enn det som er anbefalt av helsevesen og produsenter, samt effekt for andre tilstander enn hva som er alminnelig kjent. Urtemedisin og ernæringsterapi er eksempler på denne typen behandlingsformer. Risikobildet er et annet enn i gruppe 1). Overdose av kosttilskudd kan få alvorlige konsekvenser, som i Rt. 2006 s. 535. En alternativ behandler foreskrev en stor mengde reseptfrie kaliumtabletter til pasienten. Pasienten fikk hjertestans, og ble varig arbeidsufør. For andre midler, som urter og planter, er allergiske reaksjoner mer sannsynlig, dersom anbefalt dosering overskrides.

I gruppe 3) er behandlingsformer som baserer seg på berøring og manuell behandling av kroppen. Det er store ulikheter mellom behandlingsformene i denne kategorien, men felles er tanken om at lidelse eller ubalanse i kroppen kan føre til plager i andre deler. Et eksempel er fotsoneterapi, hvor grunntanken er at alle deler av kroppen kan behandles ved å massere bestemte punkter under pasientens føtter. Ved andre behandlingsformer, som naprapati, behandles det berørte området direkte. Behandlingsformer i denne gruppen ligner enkelte skolemedisinske behandlingsformer, som fysioterapi og kiropraktikk. Akupunktur hører også til

¹³ Se NIFABs nettsider (www.nifab.no)
http://nifab.no/om_alternativ_behandling/tall_og_fakta/nifab_undersokelsen_2007 (01.12.13)

¹⁴ Se NIFABs nettsider (www.nifab.no)

her. Behandlingsformene i denne gruppen kan få alvorlige konsekvenser. Spesielt gjelder dette ved manuell behandling av pasienter som har underliggende ledd- og muskellidelser, hvor behandlingen kan føre til forverring dersom det ikke tas tilstrekkelig hensyn.

I gruppe 4) er behandlingsformer som tar utgangspunkt i kroppen og dens evne til å helbrede seg selv. Behandlingsformene kjennetegnes av at behandleren tilfører pasienten midler som skal bidra til dette, eller benytter seg selv som et instrument for å overføre energi eller livskraft. Enkelte av behandlingsformene vil være basert på personlige egenskaper hos behandleren, som varme hender, «elektrisk utstråling» og lignende.¹⁵ Healing og homøopati er typiske eksempler på dette. Risikoen for skade er nok lav, tilsvarende som i gruppe 1). Det er forverring av helseproblemer eller økonomisk tap på grunn av urealistiske forventninger til effekt som er sannsynlig skadeutfall.

¹⁵ Eksempelvis Rt.1965 s. 155. Behandleren i denne saken overførte «elektrisk» utstråling til pasienten gjennom massasje.

2 Alternativ behandlingslovens betydning for culpavurderingen

Et særlig rettkildespørsmål knytter seg til alternativ behandlingslovens betydning i culpavurderingen. Hvilken betydning har lovens bestemmelser for erstatningsansvaret? For besvare dette er det nødvendig å se på hva loven faktisk regulerer.

Lovens saklige omfang følger av § 2 tredje ledd, hvor det fremgår at «Med alternativ behandling menes helserelatert behandling som utøves utenfor helse- og omsorgstjenesten, og som ikke utøves av autorisert helsepersonell».

Det innebærer at all «helserelatert behandling» kan tilbys av alternative behandlere forutsatt at forbudsbestemmelsene i §§ 5 – 7 ikke er brutt. Overtredelser av loven kan straffesanksjoneres etter § 9, men spørsmålet om erstatningsansvar er ikke berørt i loven eller forarbeidene.

I erstatningsrettslig teori og rettspraksis fremheves det imidlertid at strafferettslige handlingsregler kan få betydning i culpavurderingen. Nygaard fremhever at to grunnvilkår må være oppfylt for at regelen skal ha betydning i culpavurderingen.¹⁶ For det første må normen være adressert til personer i skadevolders rolle. Det er oppfylt, ettersom alternativ behandlingsloven retter seg mot behandlerne.

Videre må normen ha som formål å forhindre skade av den typen som er oppstått. I forarbeidene er det fremhevet at hovedhensynene bak loven er «hensynet til pasienters sikkerhet når de søker eller mottar alternativ behandling, og hensynet til pasienters selvbestemmelsesrett når det gjelder hvilken type behandling de ønsker å motta».¹⁷ De samme hensyn gjør seg gjeldende på erstatningsrettens område. Som et generelt utgangspunkt kan det legges til grunn at lovens bestemmelser kan få betydning i culpavurderingen. Hvorvidt normen får betydning i de konkrete tilfellene må likevel bero på en vurdering av det enkelte typetilfellet mot den spesielle normen.¹⁸ Dersom den relevante bestemmelsen oppfyller de to grunnvilkårene vurdert mot den konkrete skaden, er presumpsjonen sterk for at behandleren kommer i ansvar.¹⁹

Der behandleren ikke har brutt lovfestede normer, vil disse normalt ikke få betydning som selvstendige momenter i vurderingen. Hva som er culpøst, må i slike tilfeller bero på ulovfestede forsvarlighetsnormer. De lovfestede normene kan i slike tilfeller få betydning ved at de inneholder en presisering av hvilken handlemåte som er akseptert, som er kjernen i

¹⁶ Nygaard s. 203

¹⁷ Ot.prp. nr. 27 (2002 – 2003) s. 119

¹⁸ Nygaard s. 203

¹⁹ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 6. utgave, Oslo 2009 s. 137

culpavurderingen.²⁰ Det sentrale vil være å se innholdet i den ulovfestede culpanormen i sammenheng med de krav som kan utledes av den skrevne normen.

Med utgangspunkt i at alternativ behandlingsloven kan få betydning i culpavurderingen, oppstår spørsmålet om aktsomhetsnormens rekkevidde. Det er særlig to spørsmål som er aktuelle. For det første er det et spørsmål om avgrensning mot det som ikke omfattes av loven – de aktsomhetsnormer som kan utledes av denne vil kun ha direkte betydning for de behandlingsformer som faller innenfor lovens saklige virkeområde. For det andre er det et spørsmål om hvilke situasjoner som omfattes av begrepet. Er det deler av behandlerens yrkesutøvelse som faller utenfor?

Det første spørsmålet er hva som er lovens saklige virkeområde. Etter § 2 tredje ledd må det avgrenses mot en nedre grense for hva som kan anses for å være «helserelatert behandling».

I forarbeidene er det presisert at "kjerringråd" eller "gode råd" som «gis mellom kjente eller på annen måte så lenge det ikke har preg av behandling eller rådgivning fra en behandler/rådgiver til en pasient/klient», faller utenfor.²¹

Vurderingen kan være vanskelig. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1965 s. 155 illustrerer problemet.

En behandler hevdet forgyeves at hans virksomhet som massør ikke var å ta syke i kur.

Høyesterett slo fast at selv om behandlingen innebar massasje, var det «etter As egen forklaring den «elektriske» utstrålingen fra hans hender som var det primære ved behandlingen.

Behandlingen var dermed ««å ta syke i kur» i lovens mening».²² Vurderingen må trolig bli det samme etter dagens lov.²³ Det avgjørende er hva som er det sentrale med behandlingen. I erstatningsretten har vurderingen begrenset betydning, ettersom culpanormen etablerer et ulovfestet forsvarlighetskrav for de behandlingsformer som ikke omfattes av loven. Av hensyn til avgrensning har jeg valgt å knytte fremstillingen opp mot behandlingsformer som omfattes av lovgivningen.

Den andre problemstillingen er om kravene til aktsomhet kun gjelder i behandlingssituasjonen, eller omfattes diagnostisering og undersøkelser i forkant av selve behandlingen også?

Spørsmålet har kun vært oppe i rettspraksis en gang siden den nye loven trådte i kraft. I LG-2006-40058 var spørsmålet om en homøopat hadde overtrådt behandlingsforbudet i § 6 ved å diagnostisere alvorlig sykdom. Lagmannsretten slo fast diagnostisering alene ikke omfattes av

²⁰ Nygaard s. 205

²¹ Ot.prp. nr.27 (2002 -2003) s. 120

²² S. 159

²³ Forutsetningsvis etter forskrift nr. 1501/2003, merknad til § 1

begrepet «behandling» i alternativ behandlingsloven § 6. Homøopaten kunne dermed ikke straffes.

I erstatningsretten er utgangspunktet at aktsomhetsnormen omfatter alle sider av behandlerens yrkesutøvelse. Det innebærer at behandleren må opptre aktsomt i markedsføringen, under konsultasjoner, og under behandlingen. Diagnostiseringen danner grunnlaget for behandlingen som igangsettes. Er diagnosen feil, kan situasjonen være at pasienten mottar en behandling som ikke er egnet til å lindre eller behandle den aktuelle lidelsen. Det kan føre til at pasienten både utsettes for unødvendig risiko og påføres skade. I slike saker vil det være unaturlig om pasientens eventuelle erstatningskrav bortfaller fordi feilen er gjort i forkant av behandling. I culpavurderingen må dermed alle sider av behandlerens opptreden vurderes.

3 Med culpa som utgangspunkt

3.1 Innledning

Tema i dette kapitlet ansvarsgrunnlaget. Hvilket, eller hvilke, ansvarsgrunnlag som er aktuelle, avhenger av om skaden er en integritetskrenkelse eller et rent formuestap. I denne oppgaven er det integritetskrenkelsene som er tema, og drøftelsen knyttes opp mot dette.

Ved vurderingen av erstatning ved integritetskrenkelsene og de rene formuestap er utgangspunktet det samme – culpa er hovedregelen. Regelen må tilpasses situasjonen, sett hen til skadetypen og hvilke interesser som skal vernes. Det innebærer at selv om de samme momentene kan være relevante, kan det være store ulikheter i betydningen de har i den konkrete vurderingen.

Hvilke momenter som får spesiell relevans ved vurderingen av den alternative behandlerens aktsomhet, drøftes i kapittel 5, 6 og 7.

3.2 Kontraktens betydning for culpaansvaret

I erstatningsretten er det tradisjonelt et skille mellom erstatning i og utenfor kontrakt. I kontraktsforhold kan erstatning være aktuelt der det er mislighold av en kontrakt. Erstatning er i slike tilfeller en misligholdsbeføyelse.²⁴ Grunnvilkårene er i stor grad like. Det må foreligge ansvarsgrunnlag, erstatningsmessig skade og adekvat årsakssammenheng.

Det er ulikheter i reglens utforming. Det er forskjellige legislative hensyn som ligger bak adgangen til å søke erstatning. I den alminnelige erstatningsretten står reparasjonshensynet sterkt – målet er å stille skadelidte som om skaden ikke har inntruffet. Ved kontraktstilfellene har erstatningsadgangen en mer preventiv virkning. Ansvarer kan som hovedregel forhåndsreguleres i avtale, hvilket gir erstatningsadgangen karakter av et oppfyllelsespress.²⁵

Skillet er tydeligst dersom man ser på skadetyperne. I den alminnelige erstatningsretten er skadetyper som hovedregel en integritetskrenkelse, mens det ved mislighold av en kontrakt oftest er snakk om et rent formuestap.²⁶ Den praktiske betydningen er størst ved spørsmålet om foreldelse, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 3, hvor det er et tydelig skille mellom de to formene.²⁸ Det kan også bli spørsmål om hvilke bevisbyrder regler som skal legges til grunn.

²⁴ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 466

²⁵ Hagstrøm s. 466

²⁶ Den alminnelige erstatningsretten kan i visse tilfeller hjemle erstatningsansvar for rene formuestap, jf. Rt. 1991 s.1335, samt Hagstrøm s. 466.

²⁷ Hagstrøm s. 466 flg, Jan-Ove Færstad, *Erstatning for villedende informasjon*, Bergen 2011 s. 24 flg.

²⁸ Se foreldelsesloven §§ 3 og 9.

Det er ikke alltid enkelt å trekke grensen mellom kontraktskravene og deliktskravene. Spørsmålet er om alternativ behandling skal vurderes etter reglene om erstatning i kontrakt. En parallell kan trekkes til advokater og legers ansvar. Til tross for at det i slike tilfeller nok kan sies å ligge en avtale til grunn for kravet, behandles disse situasjonene tradisjonelt etter deliktsreglene.²⁹ Tilsvarende som ved alternativ behandling er det snakk om innsatsforpliktelser, hvor selve utfallet vanskelig kan reguleres i kontrakt.

Erstatning for personskade behandles normalt etter reglene om erstatning utenfor kontrakt. Som eksempel kan nevnes privatpraktiserende leger og tannleger. Kontraktspreget er sterkere enn i det ordinære helsevesenet, men i erstatningsrettslig sammenheng har det liten betydning.

Sondringen har ikke avgjørende betydning for behandlerens erstatningsrettslige ansvar. Det har betydning for den konkrete vurderingen, ettersom kontraktsculpa anses for å være strengere enn alminnelig culpa. Vurderingen ved alminnelig culpa beror på hva som følger av de aktsomhetsnormer som gjelder på området, formulert som et spørsmål om hva som er forsvarlig. Ved kontraktsculpa danner avtalen utgangspunktet for vurderingen. Med utgangspunkt i avtalen er spørsmålet hvilke handlinger og oppofrelser som på bakgrunn av denne kan forventes av den potensielle skadevolder.

At alternativ behandling faller utenfor reglene om erstatning i kontrakt, innebærer ikke at avtaleforholdet mellom partene er uten betydning i vurderingen. Det forutsettes blant annet i Rt. 2010 s. 24, hvor problemet var om staten var erstatningsansvarlig for formuestap kioskeiere på en rasteplass led da veien ble stengt på grunn av ras i en tunnel. Veistenging var ikke nevnt i kontrakten mellom partene. Førstvoterende fremhevet at en avtale «prinsipielt sett [kan] få innverknad på rekkevidda av skadebotansvaret utanfor kontrakt». Avtaleforholdet kan ha betydning for hvordan man bedømmer skadevolders opptreden overfor skadelidte.³⁰ Ved alternativ behandling kan denne relasjonen kaste lys over hvilke forventninger pasienten har til behandleren, og hva som var formålet med behandlingen – for eksempel kan avtaler gjort skriftlig vise om behandleren har lovet et bestemt resultat. Også ved vurderingen av hvilke forventninger pasienten kan ha til behandlerens utførelse av behandlingen og dennes kompetanse, kan avtaleforholdet ha betydning. Særlig sentral er informasjonen som ligger til grunn for pasientens beslutning.

²⁹ For eksempel Nygaard s. 483 flg, og Lødrup s. 170 flg.

³⁰ Færstad s. 33

3.3 Profesjonsansvarets betydning ved alternativ behandling

En problemstilling er hvilken betydning rettspraksis vedrørende profesjonsansvar har ved alternativ behandling. Betegnelsen profesjonsansvar benyttes gjerne som en felles betegnelse på erstatningsansvar som oppstår i forbindelse med yrkesutøvelse. Begrepet har i seg selv ikke rettslig betydning, men beskriver en situasjon hvor flere momenter tilsier et skjerpet ansvar.³¹ Truyen trekker frem tre momenter med særlig vekt; 1) partenes forhold vil ofte være regulert av kontrakt, 2) skaden kan gjelde rent formuestap og 3) det gjelder krav til profesjonell atferd, med definerte handlingsnormer for den profesjonelle parten. I teori og rettspraksis benyttes begrepet særlig ved erstatning for rent formuestap ved de «frie yrker», som for eksempel advokater og revisorer. Som nevnt i punkt 3.2 er dette situasjoner som tradisjonelt behandles etter deliktsreglene.

Vurderingen er basert på den alminnelige culpanormen, hvor det sentrale vurderingstema er hvilke forsvarlighetsnormer som gjelder på området. Kjernen i ansvaret er at det er avviket «fra den forsvarlige yrkesutøvelse som betinger ansvar».³² Forsvarlighetsnormene kan følge av sedvaner i vedkommende bransje, generelle prinsipper som gjør seg gjeldende for næringsdrivende, og lover og forskrifter gitt på området. Høyesterett har i en rekke dommer fastslått at det gjelder strenge krav til profesjonsutøvere hva angår forsvarlig opptreden og aktsomhet.³³ Den strenge normen har sammenheng med at det for disse yrkesgruppene generelt er relativt høye krav til faglig og reell kompetanse for å utøve yrket, hvilket påvirker kundenes forventninger til tjenesten. Høyesterett fremhevet dette i blant annet Rt. 2000 s. 679 (Finansiell rådgivning-dommen).³⁴ Det ble uttalt at dersom det «inngås avtale om finansiell rådgivning mellom en bank og en bankkunde, må kunden som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning», hvilket gir kunden «en berettiget forventning om å motta oppdaterte og faglig baserte råd». Kundens forventninger til tjenesten er dermed sentral i vurderingen.

Alternativ behandling har likhetstrekk med tjenester som er faller under profesjonsansvaret, i hovedsak innsatsforpliktelser som advokattjenester, meglertjenester og lignende.³⁵ Særlig tydelig er dette dersom man ser på relasjonen mellom partene. Relasjonen er basert på et

³¹ Se Lødrup s. 170 flg., og Filip Truyen «Aksjeanalyse og informasjonsansvar», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 85

³² Lødrup s. 172

³³ Blant annet Rt.2003 s. 400, Rt.2000 s. 679 og Rt.2008 s.1078

³⁴ Dommer med kortnavn presenteres kun med full referanse første gang den nevnes. Se litteraturlisten for full oversikt.

³⁵ Det kan tenkes tilfeller der behandlerne tar på seg resultatansvar. Ved integritetskrenkelser kan det tenkes at dette har skjerpene betydning. Ved rent formuestap vil vurderingen nok måtte foretas med utgangspunkt i pasientens berettigede forventning – vurdering av om pasienten kan få erstatning for villedende informasjon. Tema for min oppgave er alternativ behandling som innsatsforpliktelse. Resultatforpliktelser drøftes ikke videre i fremstillingen.

kontraktslignende forhold, med utgangspunkt i pasientens frivillighet. Pasientens forventninger til behandlerens opptreden dannes primært på bakgrunn av markedsføring og direkte kommunikasjon med behandleren.

Momenter fra profesjonsansvaret vil ikke ha like stor betydning i alle tilfeller. Alternativbransjen kjennetegnes av et stort spekter behandlingsformer, som igjen har betydning for pasientens forventninger. For enkelte av behandlergruppene er det relativt strenge krav til opptreden gjennom utøverorganisasjonene. Et eksempel er naprapatene, hvor Naprapatforbundet stiller strenge krav til utdanning og forsvarlig opptreden, i tillegg til at virksomheten har store likheter med fysioterapeuter og kiropraktorer.³⁶ Ved slike behandlingsformer er likhetene store.

Forventningsgrunnlaget er et annet når pasienten benytter seg av en behandlingsform som er i nedre grense av hva som kan anses som «helserelatert behandling». I slike situasjoner vil de synspunkter og momenter som gjør seg gjeldende ved profesjonsansvaret ha mindre betydning, avhengig av hva behandlingsformen går ut på og hvilke faglige krav som ligger i bunn.

Forventningene vil i alle tilfeller være sentrale for pasienten når han velger behandler og behandlingsform. Momenter med relevans for vurderingen etter profesjonsansvaret, kan på bakgrunn av dette ha overføringsverdi til vurderingen av den alternative behandlerens opptreden overfor pasienten. Ettersom det er store ulikheter mellom de tjenester som tilbys, jf. gjennomgangen i kapittel to, må nok overføringsverdien vurderes konkret i den enkelte sak.

3.4 Culparegelen ved alternativ behandling

Culpaansvaret, eller skyldregelen, er den ulovfestede hovedregel i norsk erstatningsrett.

Utgangspunktet er at culpaansvaret kommer til anvendelse, med mindre det foreligger hjemmel for å benytte annen strengere eller mildere regel.³⁷ Culpaansvaret er i hovedsak utviklet i rettspraksis.

I teorien er det formulert ulike utgangspunkter for culpavurderingen. Lødrup stiller det opp som en vurdering av «hva som rimeligvis bør kunne forventes av en innsiktsfull og normalt forstandig person som opptrer på det aktuelle området».³⁸ Nygaard tar på sin side utgangspunkt i skadeserstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvaret, og spør om «skadevaldaren ved sin handlemåte har tilsidesett rimelege krav og forventningar i høve til risikoen for skade på

³⁶ Se Naprapatforbundet sine nettsider, www.naprapat.org

³⁷ Hagstrøm s. 468

³⁸ Lødrup s. 131

skadelidnes interesser».³⁹ Til tross for ulike formuleringer, er det klart at forfatterne viser til samme vurderingstema – hva som er forsvarlig opptreden i den aktuelle situasjonen.

Som Nygaard finner jeg det naturlig å ta utgangspunkt i formuleringen i skadeserstatningslovens § 2-1. Ved alternativ behandling beror vurderingen dermed på om behandleren har tilsidesatt rimelige krav og forventninger pasienten har hatt til behandlerens opptreden og situasjonen for øvrig. Her er det naturlig å trekke inn likhetene med profesjonsansvaret, jf. drøftelsen i punkt 1.2. Behandlerens rolle som næringsdrivende og fagperson har betydning ved vurderingen av hvilke krav som kan stilles. I praksis kan dette formuleres som et spørsmål om behandleren har opptrådt forsvarlig sett hen til de krav man med rimelighet kan stille til en person på vedkommende område.⁴⁰ Det er innholdet i denne vurderingen som er tema i kapittel fem til syv.

Det er i tillegg et krav om at skadevolder må forstå eller burde ha forstått at hans handlingsmåte kunne medføre skade. Dette kan formuleres som et spørsmål om skadevolder burde handlet annerledes – om han burde låst den døren, kjørt saktere eller benyttet annet utstyr. Ved alternativ behandling er det særlig brudd på forsvarlighets- og aktsomhetsnormene som får betydning. Normalt vil brudd på slike normer tilsi at vilkåret er oppfylt. Som eksempel kan nevnes en behandler som opptrer på et område hvor det normalt kreves en viss kompetanse. Et åpenbart eksempel er akupunktøren som ikke har satt seg inn i kravene til hygiene. Kunnskap om slike grunnleggende forutsetninger må kunne kreves av alle behandlere. Dersom vedkommende på grunn av manglende kompetanse ender med å påføre en pasient en skade, vil den naturlige slutningen være at behandleren burde forstått at handlemåten kunne medført skade.

Et problem ved den rettslige håndteringen av alternativ behandling er bransjens karakter. Behandlingsformenes karakter og hvilke krav man på grunnlag av denne kan stille til behandleren, vil være svært ulike. En healer og en naprapats virksomhet er så ulike at det ikke vil være rimelig eller naturlig å stille de samme kravene til dem. Som jeg kommer tilbake til, må dette i stor grad kobles med risikoen for skade ved behandlingen. Dette får betydning for alle momenter som inngår i vurderingen. En konsekvens av dette er at pasientens forhold påvirker vurderingen ulikt ved de enkelte behandlingsformene, for eksempel ved vurderingen av om pasienten har samtykket i eller akseptert å bli utsatt for risiko.

I fleste tilfeller er det ikke én faktor alene som avgjør om behandleren kommer i ansvar.⁴¹ Unntak kan tenkes, for eksempel hvis en akupunktør ved å stikke nålen for dypt skader pasientens lunge. I slike tilfeller er det åpenbart at behandleren har opptrådt uforsvarlig. I de fleste andre tilfeller vil

³⁹ Nygaard s. 177

⁴⁰ Se Nygaard s. 178, jf. Lødrup s. 133

⁴¹ Lødrup s. 134

det være summen av enkeltmomenter som i en helhetsvurdering er avgjørende. Det innebærer at i enkelte tilfeller vil situasjonen være at pasienten har en skade, uten at behandleren har opptrådt uforsvarlig.

3.4.1 Når kunden er pasient – en skjerpet norm?

Ved vurderingen av aktsomhetsnormen er skadelidteperspektivet sentralt. Hensynet til skadelidtegruppen kan tilsi at kravene til aktsom opptreden skal skjerpes. Det er derfor nødvendig å si noe generelt om pasientgruppen ved alternativ behandling.

Forbrukeren av slike tjenester er i loven omtalt som «pasient». I forarbeidene er det fremhevet at pasienten er «den som søker eller mottar alternativ behandling».⁴² Utgangspunktet er at pasienten like gjerne kan være en alminnelig forbruker som vil «prøve noe nytt», som at vedkommende har en lidelse eller plage som krever behandling.

Undersøkelser viser likevel at ved alternativ behandling er kronikere og alvorlig syke høyere representert enn ellers. Tidligere undersøkelser har vist at det særlig er rygg- og nakkeplager, hodepine og allergier som er det pasientene hyppigst søker alternativ behandling for.⁴³ Mange oppsøker alternative behandlere fordi de opplever at helsevesenet svikter, eller at det ikke finnes flere muligheter for dem i helsevesenet. Det innebærer at det må legges til grunn at pasientene ved alternativ behandling generelt er en sårbar gruppe. Det har betydning ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til de alternative behandlernes opptreden.

I forarbeidene til lovens straffebestemmelser fremhevet Helsedepartementet at det er «nødvendig gjennom straffebestemmelsen å signalisere at det overfor den som påtar seg å behandle syke mennesker uten å være helsepersonell, forventes en særskilt aktsomhet i forhold til å utføre inngrep eller gi behandling som utsetter noens liv eller helbred for alvorlig fare».⁴⁴ En tilsvarende tankegang har relevans på erstatningsrettens område – når behandleren i sin yrkesutøvelse velger å tilby behandling til en potensielt svært sårbar gruppe mennesker, må kravene til behandlerens aktsomhet skjerpes tilsvarende. Som et utgangspunkt er det naturlig å legge til grunn at det også på erstatningsrettens område, gjelder en streng aktsomhetsnorm for alternative behandlere.

⁴² Ot.prp. nr. 27 (2002 – 2003) s. 122

⁴³ NOU 1998:21 punkt 7.1.1 og NAFKAM-undersøkelsen 2012

⁴⁴ Ot.prp. nr. 27 (2002 – 2003) s. 157

4 Om skadepotensiale, faglig kompetanse og forebygging av skade

4.1 Innledning

Med utgangspunkt i culpanormen, er problemstillingen hvilke krav som kan stilles til behandlerens opptreden. Momenter som kan få betydning i aktsomhetsvurderingen drøftes i kapittel 4 – 6. Oppdelingen er gjort av fremstillingsmessige grunner. I dette kapittelet drøftes forhold som i alle tilfeller vil ha relevans i culpavurderingen.

I kapittel 5 drøftes problemstillinger knyttet til samtykke og informasjonskrav. I kapittel 6 er tema pasientens forhold og dets innflytelse på aktsomhetsvurderingen.

Momentene som drøftes er kun et utvalg av de problemstillinger jeg mener gjør seg spesielt gjeldende ved alternativ behandling, og er ikke ment å fremstå som en uttømmende fremstilling.

4.2 Behandlingens skadepotensiale

I erstatningsretten er culpavurderingen knyttet sterkt opp mot handlingens skadeevne, også kalt risikoen for skade. Hovedregelen er at kravene til skadevolders opptreden skjerpes med risikoen for skade. Lødrup formulerer dette som «jo større risikoen for skade er i det enkelte tilfelle, dess større grunn er det til å utvise varsomhet, eventuelt unnlate å handle, eller handle på en annen måte».⁴⁵ Hensynet til risikoen for skade fremheves tydelig på områder hvor det er fare for personskade. Dette kom klart frem i Rt. 2005 s. 1050 (Jordmordommen), hvor førstvoterende uttalte at «det må gjelde en streng aktsomhetsnorm» i situasjoner hvor helseskader eller død kan være nærliggende. I den aktuelle saken var problemstillingen om en jordmor hadde opptrådt uaktsomt i sine undersøkelser av en gravid kvinne.⁴⁶

Tilsvarende ble fremhevet i forarbeidene til alternativ behandlingsloven, hvor det fremgår at det er «nødvendig gjennom straffebestemmelsen å signalisere at det overfor den som påtar seg å behandle syke mennesker uten å være helsepersonell, forventes en særskilt aktsomhet i forhold til å utføre inngrep eller gi behandling som utsetter noens liv eller helbred for alvorlig fare».⁴⁷

Lovgiver gir tydelig uttrykk for at behandleren skal ha et bevisst forhold til eventuell risiko som følger behandlingsformen. At uttalelsen knytter seg til straffebestemmelsen kan ikke ha betydning i denne sammenheng, ettersom hensynet pasientens sikkerhet gjelder minst like sterkt utenfor

⁴⁵ Lødrup s. 141

⁴⁶ Se også HPN-2010-210

⁴⁷ Ot.prp. nr. 27 (2002 – 2003) s.157

strafferettens område. Er skadepotensialet høyt, vil dette være skjerpende i forsvarlighetsvurderingen.

Sannsynligheten for at skade inntreffer betegnes som skadegraden. På generelt grunnlag kan det antas at sannsynligheten for at skade skal inntreffe ved alternativ behandling er lav, forutsatt at behandlingen er forsvarlig gjennomført. Rent konkret vil dette variere med behandlingsformen, det vil være høyere risiko for at skade inntreffer ved behandlingsformer som naprapati og akupunktur enn healing. Risikoen for at skade inntreffer vil kunne økes eller begrenses med behandlerens handlemåter. Dette dynamiske aspektet innebærer at behandleren må ha et bevisst forhold til de faktorer som påvirker risikoen for skade. I teorien er det fremhevet at behandleren må konfronteres med en sannsynlighetskalkyle: hvor mye øker sannsynligheten for skade dersom jeg opptrer på denne måten?⁴⁸ Sannsynlighetskalkylen må ses i sammenheng med spørsmålet om behandleren burde handlet annerledes.

Dersom sannsynligheten for at skaden skal inntreffe er lav, kan hensynet til skadeomfanget tilsi at kravet til utøverens aktsomhet skal skjerpes. I denne vurderingen er det ikke nødvendigvis det økonomiske omfanget som er avgjørende, men heller «godets verneverdighet».⁴⁹ Helseskader eller død står i særstilling, illustrert med Jordmordommen nevnt over. Høyesterett fremhevet eksplisitt at risikoen for skader på person er skjerpende. Dette gjelder også utenfor helserettens område. Risikoen for personskade vil alltid være til stede ved alternativ behandling. Lav sannsynlighet for at skade inntreffer har dermed mindre betydning. I culpavurderingen vil dette være et sentralt moment.

I den konkrete vurderingen vurderes det om behandleren forsto eller burde forstått at handlingene eller unnlatsene medførte risiko for skade på pasienten. Der det er kjent risiko for skade, enten lav eller høy, er forutsetningen at behandleren vet dette. Som et utgangspunkt kreves det at behandleren gjør det som med rimelighet kan kreves for å få oversikt over risiko som knytter seg til yrkesutøvelsen. Et eksempel kan være behandleren som tilbyr akupunktur uten formell kompetanse. Spørsmålet er om dette påvirket risikoen for at skade skulle inntreffe, og om behandleren burde visst at dette kunne medføre risiko for skade.

Gjennomgangen over viser at risikoen for skade påvirkes av en rekke faktorer. Lødrup betegner dette som «den kumulative effekten av en rekke årsaksfaktorer som til sammen gjør risikoen for

⁴⁸ Se Lødrup s. 141

⁴⁹ Lødrup s. 144

skade så stor at det er uaktsomt ikke å handle annerledes eller ta andre forhåndsregler». ⁵⁰ Det innebærer at risikoen for skade må relateres til de krav som stilles til den alternative behandlers aktsomhet. Det kan formuleres som et spørsmål om hvordan risikoen for skade påvirkes av å foreta en handling eller unnlatelse. Dersom en bestemt handling eller unnlatelse øker risikoen for skade, vil det tyde på at behandleren har opptrådt uaktsomt. Motsatt kan handlinger som fører til at risikoen for skade senkes tyde på at behandleren har gjort det som rimeligvis kan kreves for å unngå skade.

4.3 Krav til kompetanse

Med utgangspunkt i det overordnede spørsmålet om behandleren har tilsidesatt rimelige krav og forventninger pasienten har hatt til behandlerens opptreden og situasjonen for øvrig, er en problemstilling hvilke krav som kan stilles til behandlerens faglige og reelle kompetanse.

Ved vurderingen av om en profesjonsutøver kommer i ansvar, er det avviket fra den forsvarlige yrkesutøvelse som er ansvarsbetingende. I dette ligger et krav om at yrkesutøveren må ha de kvalifikasjoner som kan forventes av en utøver i det aktuelle yrket. For advokater formulerer Nygaard dette som at «rolleforventninga tek her utgangspunkt i eit bestemt og nokså vidtgående kvalifikasjonskrav til folk i rollen, eit krav om særskilt høg sakkunnskap. Slik også for andre profesjonar, arkitektar, ingeniørar, osv. Sakkunnskapen representerer her ei makt, og den skaper særleg forventning om forsvarleg framferd». Profesjonsutøveren forventes å ha den fagkunnskap som er nødvendig på sitt område, og kravene til ham påvirkes av forventningene man har til en person med denne fagkunnskapen. Kravet til fagkunnskap er dermed dynamisk. Det innebærer at kravet slik det er skissert for profesjonsutøverne, også passer godt ved alternativ behandling. Kravet til fagkunnskap og forsvarlig opptreden vil naturlig variere, og de samme krav stilles ikke til healeren og naprapaten.

Tilsidesettelse av faglige krav innebærer ikke i seg selv at behandlingen er utført på en uaktsom måte. Det er imidlertid en sterk indikasjon på at grunnleggende krav til sikkerhet kan være tilsidesatt. Uten den rette faglige kompetansen kan det tenkes at behandleren mangler oversikt over risiko og eventuelle alternative handlemåter. Skaden kan dermed være mer påregnelig ved kompetansesvikt. Momentet får mindre betydning dersom behandleren har de formelle kvalifikasjonene som rimeligvis kan forventes. Dersom de øvrige krav til virksomheten er

⁵⁰ Lødrup s. 143

tilsidesatt vil behandleren komme i ansvar, til tross for at de formelle kravene til kompetansen er på plass.

Problemstillingen videre er hvilke krav som rimeligvis kan stilles til behandlernes kompetanse. Etter reglene om profesjonsansvar og helsepersonelloven § 4 er vurderingstemaet om skadevolder har handlet innenfor den kompetansen han besitter. Et tilsvarende krav følger av forskrift nr.1500/2003 § 3 nr. 3, som forplikter utøverorganisasjoners medlemmer «til å drive forsvarlig virksomhet». I merknaden til bestemmelsen slås det fast at dette innebærer at «medlemmene må forplikte seg til å utøve sin virksomhet i henhold til de kvalifikasjoner de besitter og i samsvar med faglige krav og yrkesetiske retningslinjer fastsatt av utøverorganisasjonen». Forskriften er dermed sammenfallende med vurderingstemaet etter profesjonsansvaret. Det tilsier at det gjelder relativt strenge krav til behandleren på dette punktet.

I praksis kan det tenkes at behandlere mener at dette kravet ikke kan få betydning ved erstatningsvurderingen, dersom vedkommende ikke er tilknyttet bransjeorganisasjon. Siden det ikke finnes beskyttede titler for alternative behandlere står behandleren i utgangspunktet fritt til å benytte seg av den yrkestittel han ønsker.⁵¹ Et slikt synspunkt kan ikke tillegges vekt. Det er culpanormen som er utgangspunkt for kravet, forskriften hjemler det kun for den begrensede gruppen.. Det må forutsettes at de som frivillig påtar seg å yte helsehjelp, er bevisste på de krav til faglig kompetanse som er nødvendig for å opptre aktsomt. Spesielt må dette gjelde ved behandlingsformer som innebærer inngrep, enten i form av manuell manipulasjon av ledd og muskler, bruk av nåler, legemidler, kosttilskudd og annet, hvor risikoen for skade øker med behandlerens manglende kompetanse. Begir behandleren seg inn på et område hvor det kreves særskilt kompetanse, må han også aksepteres å bli bedømt tilsvarende. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt behandleren er tilknyttet en utøverorganisasjon.

En særlig problemstilling oppstår i de situasjoner hvor behandleren hevder å ha spesialistkompetanse. For eksempel en osteopat som hevder å være spesialist på nakkeproblematikk, uten at det kan dokumenteres at vedkommende har mer enn det minimum av kompetanse som kan kreves.

Det samme utgangspunktet gjelder her; det er behandleren selv som påtar seg ansvaret som følger med å ha den aktuelle kompetansen. Pasientenes forventninger til behandlingen vil

⁵¹ Med unntak for de begrensninger som følger av § 8 første til tredje ledd. Bestemmelsen innebærer forbud mot å benytte titler forbeholdt helsepersonell, titler som indikerer at behandleren er offentlig godkjent, eller registrert (dersom han ikke er det).

påvirkes av kompetansen behandleren fremstår som å ha, og da må behandleren også akseptere å bli bedømt deretter. Et eksempel på dette fra rettspraksis er Finansiell rådgivning-dommen, hvor Høyesterett fremhevet at kunden i møte med en aktør som tilbød spesialisert rådgivning, ville ha en «berettiget forventning om å motta oppdaterte og faglig baserte råd». Uttalelsen understreker betydningen av kundens forventninger til arbeidet i relasjon til culpanormen for yrkesutøvere. Overført til alternativ behandling er det er den kompetansen behandleren fremstår som å ha som er avgjørende for hvilke forventninger pasienten har behandlingen. En behandler må akseptere at aktsomhetskravene skjerpes med den kompetansen han hevder å ha.

Ved vurderingen av hvilke krav som gjelder er utgangspunktet normalt de normer som gjelder på det aktuelle området, enten disse er nedfelt i regelverk, eller følger av praksis eller sedvane. Brudd på lover og forskrifter har normalt stor vekt.⁵² Ved alternativ behandling er ansvaret for utføringen av slike krav delegert til utøverorganisasjonene, som gjennom forskrift 2003/1500 § 3 skal ha vedtekter som «som stiller faglige krav til den som ønsker å bli medlem». Innholdet i disse faglige kravene skal utøverorganisasjonen selv fastsette. Spørsmålet er da hva man tar utgangspunkt i ved vurderingen av hvilke faglige krav som gjelder.

Gode grunner taler for å ta utgangspunkt i utøverorganisasjonenes krav, ettersom det ikke er noe uavhengig, faglig organ som vurderer dette. Det må antas at utøverorganisasjonens krav til kompetanse er begrunnet i en vurdering av hvilken formell og reell kompetanse som er nødvendig for å utøve den aktuelle behandlingen på en tilfredsstillende og forsvarlig måte. Hvorvidt kravene som stilles i tilstrekkelig grad gjenspeiler hvilken aktsomhet som kreves for den aktuelle behandlingsformen, må vurderes konkret. Hensynet til pasientens sikkerhet må veie tungt. Det tilsier relativt strenge krav på dette området. Samtidig er det viktig at kravene til den faglige kompetansen ikke blir så strenge at man i realiteten avskjærer behandlernes rett til å tilby behandling.

Et annet moment er at det er stor variasjon i om det er mulig å stille krav til behandlerens faglige og reelle kompetanse. For behandlingsformer som baserer seg på energioverføring eller tankekraft fra enten pasientens side eller behandlerens side, vil det være vanskelig å stille krav til formell kompetanse. Strengere krav bør stilles til behandlingsformer basert på berøring og manuell behandling, kosttilskudd og legemidler. Disse behandlingsformene er som hovedregel ikke basert på rent personlige egenskaper, men er forutsetter utdanning og praksis for å ha effekt. Et eksempel er tradisjonell akupunktur, som er basert på presis plassering av nålene for å

⁵² Lødrup s. 172

ha effekt, og naprapati som innebærer manipulering av ledd og muskulatur. Et moment er at det ved ulike behandlingsformer er ulik risiko for skade. Risikoen for skade er skjerpende ved vurderingen av de faglige kravene.

4.3.1 Kan det kreves skolemedisinsk kompetanse?

I tillegg at til behandleren må beherske sitt eget felt, er det spørsmål om han også må ha grunnleggende medisinske kunnskaper, og om dette kan vektlegges i culpavurderingen.

Alternativloven § 9 fjerde ledd slår fast at det ikke straffritt kan gis behandling begrunnet i at behandleren «ikke forsto eller burde ha forstått faren eller sykdommens art». Behandleren må ha innsikt i hva som kan medføre fare for pasienten. Det fremgår av forarbeidene at det siktes til de situasjoner hvor vedkommende ikke innså at pasienten led av «allmennfarlig smittsom sykdom» eller «alvorlige sykdommer og lidelser» som omfattes behandlingsforbudet i §§ 6 og 7.⁵³ Videre omfattes de situasjoner hvor sykdommen ikke var omfattet av behandlingsforbudet, men «konkrete forhold ved pasienten eller ved den måte behandlingen ble gitt på, burde medført at behandleren forsto at han her utsatte noens liv eller helbred for alvorlig fare».⁵⁴ Dette tyder på at behandleren må ha visse medisinske forkunnskaper. Befring formulerer dette som at vedkommende må ha «en viss grunnleggende kunnskap om symptomer» for å kunne opptre tilstrekkelig aktsomt.⁵⁵ Hva dette innebærer rent konkret utdypes ikke ytterligere, men problemstillingen ble behandlet av Høyesterett i forbindelse med kvaksalverloven.

I Rt. 1985 s. 931 var spørsmålet om en behandler kunne dømmes for å ha behandlet en kreftsyk i strid med kvaksalverlovens behandlingsforbud. Behandleren hevdet at han måtte gå straffri fordi han på grunn av manglende medisinske kunnskaper ikke forstod sykdommens art. På tidspunktet for behandlingen var det klart at kreftdiagnosen ikke kunne stilles med full sikkerhet, ei heller av en lege. Det var en nærliggende mulighet at pasienten led av kreft ut fra en faglig medisinsk vurdering. Førstvoterende kom likevel fra til at behandlerens manglende medisinske kompetanse ikke kunne være det avgjørende. Førstvoterende henviste til en forarbeidsuttalelse om at «forbudet i § 4 mot å behandle forskjellige sykdommer antagelig vil bli temmelig illusorisk hvis vedkommende kan unnskyldes seg med at han ikke forsto sykdommens art. Folk som driver med så farlig virksomhet som å ta syke i kur, må vise den ytterste aktsomhet når det gjelder alvorlige

⁵³ Ot.prp. nr. 27 (2002 – 2003) s. 158

⁵⁴ Ot.prp.nr.27 (2002 – 2003) s. 158

⁵⁵ Side 165.

sykdommer, og det må kunne forlanges at de har såpass kyndighet i det de driver med, at de er i stand til å avgjøre om der kan være mistanke om slik sykdom som nevnt». ⁵⁶

Den tidligere rettstilstanden synes å være videreført i alternativ behandlingsloven. I forarbeidene til § 9 fjerde ledd fremgår det at «det bør ikke straffritt kunne gis behandling eller foretas inngrep under henvisning til at man for eksempel mangler faglig kompetanse til å forstå faren eller sykdommens art». ⁵⁷ Kravet i fjerde ledd må ses i sammenheng med bestemmelsens annet ledd, som fastslår at en behandler kan straffes dersom behandleren «forsettlig eller uaktsomt utsetter noens liv eller helbred for alvorlig fare». Formålet er å hindre at pasienten utsettes for risiko på grunn av manglende kompetanse. Dette er sammenfallende med det overordnede hensynet etter culpavurderingen, hvilket tilsier at uttalelsene har overføringsverdi til culpanormen.

Når utgangspunktet er at enhver kan utøve helserelatert behandling, bør man utvise varsomhet med å pålegge krav som går lenger enn de krav som følger av faget. Det kan ikke forventes at behandleren har kompetanse til å stille korrekte diagnoser etter skolemedisinen. Dersom slike krav skal anses som en sentral del av aktsomhetsvurderingen må de fremgå av lov eller forskrift, slik at behandlerne har reell mulighet til å innrette sin virksomhet etter dette. I den konkrete vurderingen bør dette ikke tillegges særlig vekt, med mindre det er åpenbart at pasienten har et sykdomsbilde som helt klart faller utenfor behandlerens kompetanse.

4.4 Forebyggende tiltak – undersøkelsesplikt?

I den erstatningsrettslige culpavurderingen står skadevolders mulighet til å hindre at skaden oppstår sentralt. Direkte innebærer dette en vurdering av om skadevolder hadde andre handlingsalternativer. En annen side av dette er hensynet til å forebygge at skade inntreffer.

Spørsmålet har vært behandlet av Høyesterett ved flere anledninger. Et kjent eksempel er Rt. 2000 s. 1991 (Alpindommen). En skikjører pådro seg en skade etter et fall på grunn av en stein som lå utenfor traséen. Høyesterett uttalte at det «generelt kreves at en alpinbakke som tilbys på kommersiell basis, tilfredsstiller strenge aktsomhetskrav. At alpinkjøring er blitt en folkesport i Norge, må få konsekvenser for aktsomhetsvurderingen. Bakkene oppsøkes av folk med ulike ferdigheter. Det er av varierende årsaker et stort skadepotensiale i slike bakker. Anleggseieren må sørge for å redusere risikoen innen rimelighetens grenser, hensett til forholdene på stedet, kostnadene ved sikringstiltak, og til alpinsportens egenart som en sport der fart er et sentralt element». Til tross for at det ved slik sportslig aktivitet kreves en høy grad av aktsomhet fra

⁵⁶ Dommen s. 934 jf. Ot.prp.nr.39 (1936) s. 7

⁵⁷ Ot.prp.nr. 27 (2002 – 2003) s. 158

utøveren selv, fremhevet Høyesterett at anleggseieren her måtte sørge for at slike uventede faremomenter var fjernet eller tilstrekkelig sikret. Det sentrale ved vurderingen av skadevolders plikt til å redusere risikoen er hva som innen «rimelighetens grenser» kan kreves.

I Rt. 2000 s. 253 (Asfaltkantdommen) ble dette også fremhevet. En motorsyklist omkom på vei ut av en tunnel. Motorsyklisten måtte anses for å ha tilpasset seg forholdene, og ulykken skyldes trafikale forhold – i tillegg til glatt asfalt var det en nivåforskjell på 1 -2 cm som ikke var varslet. Kvaliteten på veien var i seg selv ikke uaktsomt. Annenvoterende (for flertallet) fremhevet at «Etter min oppfatning burde vegvesenet ha innsett at de høye asfaltkantene i en slik situasjon innebar et ekstra faremoment, spesielt for motorsyklister, og sørget for at trafikkantene ble gjort oppmerksom på dette».⁵⁸ Uttalelsen tilsier at forebygging i form av tilstrekkelig varsling kunne vært tilstrekkelig til å fritta for ansvar.

Dommene illustrerer kjernen i culpavurderingen – har skadevolder tilsidesatt de krav og forventninger som knytter seg til å begrense risikoen for skade på andre? Risikomomentene trenger ikke i seg selv å være en konsekvens av uaktsomhet, men det kan være uaktsomt ikke å treffe tiltak for å begrense skaden. Det er den som skaper risikomomentene, som i seg selv ikke trenger å være uaktsomt, som står nærmest til å bære risikoen. Hvis skadevolder i sin virksomhet utsetter noen for risiko, kan det være uaktsomt ikke å treffe tiltak for å begrense denne skaden.

Spørsmålet videre er hva som rimeligvis kan kreves av behandleren for å redusere risikoen for skade ved alternativ behandling. En side av dette er de helt åpenbare tiltakene. Pasienten må kunne forvente at behandleren for eksempel benytter seg av sterilt utstyr ved akupunktur og blodprøver. Det er ikke spesielt problematisk å legge et slikt krav til grunn for de alternative behandlerne. Behandleren må forventes å forebygge den risiko som helt klart følger av egen virksomhet.

En annen side er risiko forbundet med pasientens personlige forhold. Som illustrasjon kan nevnes en sak fra Helsepersonellnemnda hvor en lege som også tilbød alternativ behandling, fikk en advarsel fordi han gav en tilnærmet standardisert behandling til pasientene sine. Det var i strid med helsepersonelloven § 4 at legen ikke hadde «forsikret seg om at adekvat utredning er foretatt. Nemnda viser til at forsvarlig pasientbehandling krever forutgående individuelle undersøkelser og diagnostisering».⁵⁹ Det ble fremhevet at pasientens individuelle forhold, som her var en

⁵⁸ Jeg tar intet ansvar for den overflødige K'en.

⁵⁹ HPN-2006-108

underliggende psykisk lidelse, kunne påvirkes negativt av den standardiserte behandlingen. Den manglende undersøkelsen kan anses som mangel på forebyggende tiltak mot senere skade. Det ble fremhevet at behandleren enkelt kunne gjort tiltak for å undersøke om det var forsvarlig å igangsette behandling, ved å foreta en selvstendig undersøkelse av pasienten. Saken har faktisk overføringsverdi til alternativ behandling. Som eksempel kan nevnes de behandlingsformer som innebærer at blodprøver tas eller huden punkteres på annen måte. En pasient med blødersykdom vil være utsatt for høyere risiko enn en alminnelig frisk person. Denne risikoen kan enkelt forebygges ved at behandleren tar hensyn til pasientens individuelle forhold ved undersøkelse og samtale.

En problemstilling vedrørende kravet om forebygging av risiko er hvor strenge kravene skal være. For helsepersonell kreves det en høy grad av bevissthet på dette punktet – arbeidet skal utføres i samsvar med de krav til «faglig forsvarlighet» som kan forventes etter «arbeidets karakter», jf. helsepersonelloven § 4. Dersom arbeidets karakter tilsier at alvorlig skade kan inntreffe, vil det tilsi en streng norm. I forarbeidene til alternativ behandlingsloven ble det fremhevet at det «forventes en særskilt aktsomhet i forhold til å utføre inngrep eller gi behandling som utsetter noens liv eller helbred for alvorlig fare». Lovgiver gir dermed et kraftig signal om at behandlingens karakter tilsier en streng aktsomhetsnorm på området. Sett i sammenheng med at risiko i de fleste tilfeller enkelt kan forebygges, er det naturlig å ta utgangspunkt i en streng norm.

Problemstillingen er hvilke krav som kan stilles til behandlerens undersøkelser av pasienten i forkant av behandling. Med culpanormen som utgangspunkt er spørsmålet hva som rimeligvis kan forventes av behandlerens undersøkelser.

Noe veiledning kan søkes i alternativ behandlingsloven § 9 annet ledd. Etter bestemmelsen kan en behandler straffes dersom vedkommende «uaktsomt utsetter noens liv eller helbred for *alvorlig fare*, enten ved selve behandlingen eller ved at pasienten på grunn av behandlingen unnlater å søke kyndig hjelp».⁶⁰ Bestemmelsen gir ikke ytterligere veiledning om hva som er regnet som «alvorlig fare». I forarbeidene fremheves det at det kan foreligge «alvorlig fare» også der den generelle risikoen er lav, men «hvor konkrete forhold ved utførelsen av behandlingen eller ved pasienten selv, gjør at inngrepet får - eller kunne fått - alvorlige konsekvenser». Et eksempel er bløderen som mottar akupunktur. Normalt sett er risikoen for blødning ved akupunktur liten, mens pasientens forhold i dette tilfellet øker risikoen for alvorlige konsekvenser. I tillegg til behandlingsformens generelle risiko og behandlerens faglige kompetanse, tydeliggjøres det dermed at behandleren må ta hensyn til pasientens individuelle forhold også før behandlingen

⁶⁰ Min utheving.

igangsettes. Befring fastholder at dette innebærer at «behandleren må ha gjort nødvendige forundersøkelser og vurderinger av pasienten, før det igangsettes en prosedyre som kan innebære risiko. Særskilte forhold knyttet til pasientens helsesituasjon skal elimineres, det vil si at pasientens helsesituasjon skal være godt nok undersøkt til at behandleren er sikker på at ikke pasienten utsettes for unødvendig fare».⁶¹

På bakgrunn av dette er det nærliggende å tolke at det i alternativ behandlingsloven § 9 annet ledd følger et krav om at behandleren har plikt til å undersøke pasienten for å redusere risikoen for skade. Her er parallellen til culpanormen tydelig – pasientens personlige forhold kan representere en uventet risiko for skade i en behandlingssituasjon, og denne risikoen må behandleren sørge for å redusere innenfor grensene av hva som rimeligvis kan kreves i en slik situasjon. Ettersom alternativ behandlingsloven § 9 annet ledd synes å ta opp i seg erstatningsrettens krav om forebygging, har bestemmelsen overføringsverdi.

Utgangspunktet er at behandleren skal foreta en selvstendig undersøkelse av pasienten. Det gjelder selv om behandlingsformen i all hovedsak anses for å ha lav risiko for helseskade. Det avgjørende er at behandleren tar beslutninger om igangsettelse av behandling og behandlingsopplegg ellers på bakgrunn av hver enkelt pasient sine forutsetninger. Dersom behandleren ikke har forsøkt å forebygge risikoen for skaden, er presumpsjonen sterk for at han kommer i ansvar, jf. Asfaltkantdommen og Stryn Skisenter-dommen.

Et problem i praksis vil være hvilke krav som konkret kan stilles til behandlerens undersøkelse. Noen behandlingsformer har lav risiko for skade uavhengig av faktorer som pasientens sykdomsbilde og eventuell behandling pasienten mottar, som healing og meditative behandlingsformer. I disse tilfellene kan det ikke stilles veldig strenge krav til behandlerens undersøkelsesplikt. For andre behandlingsformer gjelder det motsatte, som naprapati, osteopati og akupunktur. Det avgjørende i den konkrete vurderingen er om behandleren har gjort de undersøkelser som kan forventes ved den aktuelle behandlingsformen.

Minstekravet er at behandleren i samtale med pasienten finner ut hva pasienten ønsker behandling for. Mange pasienter vil nok være selvdiagnostisert, eller de har en diagnose fra andre alternative behandlere. Dersom behandlingsformen har egne diagnoseverktøy må behandleren ta disse i bruk også i disse situasjonene. En problemstilling kan oppstå der pasienten har en diagnose fra helsevesenet. Kan behandleren ubetinget legge denne til grunn? Det må anses som

⁶¹ Befring s. 162

sikkert at behandleren må ta hensyn til denne diagnosen, og hvilken betydning diagnosen kan ha for behandlingen og fremgangsmåten forøvrig. Klart er det også at behandleren ikke kan overprøve denne diagnosen. Det er utenfor behandlerens kompetanse å undergrave vurderinger fra helsepersonell. Det er likevel vanskelig å hevde at det er noe i veien for at behandleren benytter seg av behandlingsformens diagnoseverktøy for å kartlegge pasientens tilstand utover det sykdomsbildet pasienten er klar over. Behandleren må imidlertid være varsom, slik at ikke han bidrar til at «pasienten på grunn av behandlingen unnlater å søke kyndig hjelp», jf. alternativloven § 9 annet ledd.

I tillegg må behandleren ha dialog med pasienten om hans helsetilstand forøvrig, og oppfordre pasienten til å opplyse om alle forhold av helsemessig art som kan ha betydning ved vurderingen av hvorvidt behandlingen kan gjennomføres. Dersom det er kjent at behandlingsformen har økt risiko ved visse tilstander, som med akupunktur og forhøyet risiko ved blødersykdom, må det forventes at behandleren spør pasienten om forhold av slik karakter.

En problemstilling kan være at pasienten har en lidelse eller sykdomstilstand som kan forhøye risikoen for skade under behandlingen, uten at dette er diagnostisert i helsevesenet eller er synbar for behandleren. Etter alternativ behandlingsloven § 9 annet ledd kan behandleren i slike tilfeller ha opptrådt uaktsomt. En slik løsning synes imidlertid ikke hensiktsmessig ved vurderingen av erstatning. Det må ta hensyn til hva som rimeligvis kan kreves av behandlerens undersøkelse, og hva pasienten kan forvente at avdekkes. Det kan tenkes at dette får betydning i den konkrete vurderingen, ettersom enkelte behandlere har medisinsk kompetanse, og enkelte lidelser er enkle å diagnostisere. Som et utgangspunkt kan det likevel ikke kreves mye av behandleren på dette punktet.

4.4.1 Et særlig problem – fjernbehandling

Etter kvaksalverloven § 6 tredje ledd jf. § 3 annet ledd var det forbudt for alternative behandlere å «behandle personer som han ikke selv har undersøkt». Dette innebar et «forbud mot behandling etter kontakt med den syke bare per brev, telefon eller lignende.»⁶² Forutsetningen for at behandling kunne igangsettes var at behandleren selv hadde undersøkt pasienten før behandlingen ble igangsatt. Bestemmelsen er ikke videreført i alternativ behandlingsloven. Når fjernbehandling er tillatt, må culpavurderingen foretas med utgangspunkt i dette – en undersøkelsesplikt vil i realiteten innebære en innskrenking i behandlerens mulighet til å utøve sitt

⁶² NOU 1998:21 punkt 10.4.9

yrke. Problemstillingen er hvilke krav og forventninger som knytter seg til behandlerens opptreden ved fjernbehandling, spesielt med henblikk på å redusere risiko.

Det er særlig tre typesituasjoner som er aktuelle. Den ene er fjernhealing (eller lignende), hvor behandleren på avstand skal overføre sin energi til pasienten for å bidra til at kroppen heler seg selv. I slike tilfeller vil risikoen for skade være minimal til ikke-eksisterende. En annen situasjon er der behandleren på bakgrunn av de symptomer pasienten oppgir, sender kosttilskudd, behandlingsopplegg og lignende. Den tredje situasjonen er der pasienten mottar samtaleterapi for psykiske plager.

Felles for disse situasjonene er at behandleren reduserer den mulighet han har til å innhente informasjon om pasientens sykdomsbilde. Det vil være relevant dersom pasienten har en synlig sykdom eller lidelse som gjør vedkommende mer utsatt for risiko, som for eksempel spiseforstyrrelser. Det var tilfelle i en sak fra Helsepersonellnemnda, hvor en pasient hadde alvorlige psykiske plager, som ikke var egnet til fjernbehandling. Nemnda uttalte at legen ved ikke å undersøke pasienten selv, hadde redusert muligheten til «å innhente informasjon som, slik nemnda har sett det, var nødvendig for å utøve forsvarlig virksomhet».⁶³ Lignende tilfeller kan tenkes ved alternativ behandling, for eksempel ved forskjellige typer samtaleterapi. Dersom pasienten i slike tilfeller ender med å behandle sykdom som faller under behandlingsforbudene i alternativ behandlingsloven §§ 5 – 7. Brudd på disse bestemmelsene vil, som nevnt i kapittel 2, innebære en presumsjon om ansvar, ettersom behandleren har opptrådt strafferettslig uaktsomt.

Behandleren må dermed ta skritt for å hindre at slike situasjoner oppstår. Når det ikke er fysiske møter mellom behandler og pasienten, er det naturlig å ta utgangspunkt i at det gjelder relativt strenge krav til informasjon og samtykke på området, muligens skjerpet i forhold til behandling som foregår ved oppmøte. Innholdet i disse kravene kommer jeg tilbake til i kapittel 6 og 7. En løsning kan for eksempel være at pasienten mottar utfyllende, skriftlig informasjon om eventuell risiko, og at vedkommende skriftlig må bekrefte sin helsetilstand og sitt samtykke til behandling. Hva som kan kreves må nok vurderes konkret i den aktuelle saken, med henblikk på risikoen for skade. Det er grunn til å stille strengere krav dersom behandlingsopplegg og medisiner foreskrives, enn ved behandlingsformer som går på energioverføringer i form av healing.

⁶³ HPN-2009-32

4.4.2 Betydningen av pasientens opplysninger

En problemstilling kan oppstå dersom behandleren har gjennomført undersøkelser og samtaler for å avdekke særlige forhold ved pasientens helsetilstand, og det viser seg at pasientens opplysninger har vært uriktige. Problemstillingen er hvilken betydning pasientens opplysninger har i culpavurderingen.

Culpavurderingen innebærer at det foretas en risikofordeling mellom skadevolder og skadelidte. Fra behandlerens side kan det anføres en forventning om at pasienten selv innretter seg etter sin egen helsesituasjon, og dermed opplyser om forhold som kan ha betydning for risikoen. Et slikt synspunkt har støtte i Rt.1964 s. 446. Her omkom en person etter å ha falt fra en bro mens han bar en tung gjenstand. Spørsmålet var om eier av broen var erstatningsansvarlig på grunn av manglende sikring. Høyesterett besvarte dette benektende, og fremhevet at avdøde hadde «utsatt seg for en risiko som for skytterlaget var helt upåregnelig». Uttalelsen gir uttrykk for et generelt erstatningsrettslig prinsipp – skadelidte må så langt det er mulig utvise den forsiktighet det er rimelig å kreve av ham.⁶⁴

Overført til alternativ behandling, tilsier det at behandleren som hovedregel ikke kan lastes dersom det foreligger forhold av betydning for behandlingen som er skjult for behandleren, som heller ikke ble oppdaget ved undersøkelser av pasienten og pasienten ikke opplyste om. Spesielt vil dette gjelde dersom pasienten har underliggende sykdom vedkommende vet kan ha betydning, eller dersom behandleren spør direkte om slike forhold uten å få et ærlig svar. Et synspunkt er at pasienten i slike tilfeller aksepterer den risiko vedkommende utsettes for. Forutsatt at behandleren ikke kan lastes for at opplysningene ikke er innhentet, ved for eksempel manglende dialog med pasienten, er det urimelig om behandleren bærer all skyld.

Pasientens opplysningssvikt er i seg selv ikke fremhevet som et ansvarsfriende moment i teorien. Skal momentet ha avgjørende vekt, må det nok drøftes i sammenheng med spørsmålet om samtykke eller aksept av risiko. En annen mulighet er å vurdere pasientens medvirkning til skade under årsakssammenhengen, jf. kapittel 6.

⁶⁴ Lødrup s. 161

5 Om det informerte samtykke

5.1 Innledning

Dette kapitlets tema er pasientens samtykke og krav på informasjon. All alternativ behandling er basert på frivillighet fra pasientens side – et samtykke må ligge til grunn. Problemstillingen er hvilken betydning et manglende samtykke har i culpavurderingen, og om det i lys av culpanormen kan stilles opp et krav om informert samtykke.

Etter erstatningsrettslig rettspraksis og teori kan en potensiell skadelidt ved samtykke kan oppgi det erstatningsrettslige vernet som følger av culpanormen.⁶⁵ Denne siden av samtykkespørsmålet kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

5.1.1 Forutsetninger og avgrensninger

Den grunnleggende forutsetning er at pasienten har formell og reell samtykkekompetanse. For eksempel vil barn, umyndiggjorte og demente ikke være i stand til å gi et gyldig samtykke.

Behandleren må gjøre en vurdering av om pasienten har samtykkekompetanse før behandlingen igangsettes.⁶⁶ Av hensyn til oppgavens omfang drøftes ikke dette videre. Vilkåret forutsettes oppfylt.

Skulle situasjonen være at behandleren med viten og vilje behandler en person han vet ikke er samtykkekompetent, for eksempel en som er bevisstløs, vil det eventuelt være snakk om forsett. Denne situasjonen avgrenses det mot i den følgende drøftelsen

Mangel på samtykke medfører ikke nødvendigvis at pasienten påføres en skade som kan omregnes i økonomisk tap. Det kan tenkes at pasienten i en situasjon hva samtykke mangler, faktisk opplever en bedring av sin tilstand som følge av behandlingen. Også denne situasjonen faller utenfor denne fremstillingens rammer å drøfte nærmere.

5.2 Et gyldig samtykke

Det grunnleggende utgangspunkt er at det gjelder et krav til samtykke ved alternativ behandling. Kravet til samtykke følger av culpanormen som ulovfestet forsvarlighetsnorm – det forventes at behandleren som yrkesutøver forsikrer seg om at pasienten ønsker behandling før den igangsettes, jf. drøftelsen i punktene 3.3 og 3.4. F blant annet til uttrykk i Rt. 1993 s. 1169

⁶⁵ Se Asbjørn Kjønsdal, En modell for culpavurderingen, *Tidsskrift for erstatningsrett* nr. 2 2005 s. 87 -120

⁶⁶ Befring s.52

(Nervesvulst), hvor pasienten hevdet at det ikke forelå gyldig samtykke. Høyesterett uttalte at «Det er et grunnleggende krav at det må foreligge samtykke fra pasienten før legebehandling, så fremt det ikke foreligger nødtilstand eller andre særlige omstendigheter». Dommen er avsagt før dagens bestemmelser om informert samtykke ble tatt inn i pasientlovgivningen, og har generell betydning for tjenester med helserelatert betydning. At det gjelder krav til samtykke der partene har et avtalelignende forhold er forutsatt i teorien,⁶⁷ og at det gjelder et krav til samtykke også ved alternativ behandling er ikke tvilsomt.⁶⁸ Problemstillingen er hva som skal til for at et samtykke er gyldig, og om det er krav til et informert samtykke.

Som drøftet i punkt 4.4 har kravet til forebyggende virksomhet en sentral betydning i culpavurderingen. Med utgangspunkt i culpanormen forventes det at behandleren forebygger risiko for skade innen rimelighetens grenser. Det er rimelig å anta at informasjon vil være en enkel og lite kostbar måte å minimere risiko på, ved at pasienten selv avgjør om behandlingen skal gjennomføres.

Høyesterett har flere ganger behandlet innholdet i samtykkekravet i forbindelse med erstatning etter medisinsk behandling. Eksempelet nevnt over, Nervesvulst-dommen, er sentralt. Høyesterett fremhevet at et gyldig samtykke «forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå». Uttalelsen synes her å ta opp i seg utgangspunktet etter culpanormen – det er hensynet til pasientens behov for å forutberegne sin rettsstilling som er avgjørende. Samtykkets gyldighet betinges dermed av informasjonen som er gitt. At dette også gjelder ved alternativ behandling synes forutsatt av Befring, som slår fast at «enhver behandling forutsetter et samtykke basert på at pasienten har fått nødvendig informasjon – det vil si informert samtykke».⁶⁹

Reelle hensyn støtter også en slik løsning utenfor helserettens område. Det sentrale med kravet om informert samtykke er at pasienten må stilles i den situasjon at han selv kan vurdere om helsehjelpen skal gjennomføres eller ikke. I denne vurderingen er spesielt hensynet til risiko sentralt. Hensynet til pasientens autonomi er viktig ved alle tjenester som potensielt kan medføre skade på liv og legeme. Det kan heller ikke anses som uforholdsmessig belastende for behandleren å skulle gi nødvendig informasjon. Disse hensyn sammenholdt med culpanormen tilsier at det gjelder et krav til informert samtykke ved alternativ behandling.

⁶⁷ Lødrup s. 188

⁶⁸ Befring s. 49

⁶⁹ Befring s. 51

5.3 Kort om informasjonens innhold

Problemstillingen videre er hvilke krav som kan stilles til informasjonens innhold - hvilken informasjon har pasienten krav på.

Som vist tidligere, er et sentralt hensyn bak culpaansvaret er at behandleren så langt det er rimelig, skal verne pasienten mot risiko. Informasjonsplikten må dermed ses i lys av risikobildet. Dette er fremhevet i blant annet Nervesvulst-dommen, hvor det ble uttalt at informasjonen skulle gi pasienten «tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå». Kravene er i dag lovfestet i helsepersonelloven § 10 jf. pasientrettighetsloven §§ 3-2 - 3-4. Hensynet til pasientens autonomi tilsier at dommen har overføringsverdi. Hovedhensynet er at pasienten ved å motta informasjon skal settes i stand til å ta et informert valg. Dette hensynet har stor vekt ved alternativ behandling. Det er neppe forskjell på pasientens forventninger til informasjon om risiko i og utenfor helsevesenet.

Registerforskriften § 3 nr. 4 gir støtte til dette synspunktet. Etter denne bestemmelsen er det et krav om at registrerte alternative behandlere «må forplikte seg til å gi nødvendig informasjon til pasienten». Av merknaden til bestemmelsen fremgår det at «Informasjonen bør omfatte hva slags behandling som tilbys, i hvilken grad denne kan anses for effektiv, eventuelle bivirkninger, hvor lenge pasienten antas å måtte fortsette med behandlingen før den virker, kostnader forbundet med behandlingen, informasjon om fagspesifikke forklaringsmodeller/virkelighetsforståelse som ligger til grunn for behandlingen osv.».⁷⁰ Hva som er «nødvendig informasjon» ser dermed ut til å samsvare med det krav som er lagt til grunn i Nervesvulstdommen. Til tross for at forskriften ikke har direkte anvendelse for alle behandlere, gir veiledning til hva som inngår i informasjonsplikten.

Hva slags risiko behandleren skal opplyse om bør vurderes konkret for den enkelte behandlingsformen. Det er neppe hensiktsmessig å pålegge behandleren å informere om all tenkelig risiko eller bivirkninger. Formuleringen i Rt. 2013 s. 388 (Røeggen), som gjaldt en banks ansvar ved salg av lånefinansierte spareprodukter, kan gi veiledning til denne problemstillingen. Her uttalte Høyesterett at «ved salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke-profesjonelle investorer, må banken forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på, og ikke gi misvisende eller feilaktige opplysninger om viktige forhold av betydning for investeringsbeslutningen». Dommens overføringsverdi er begrenset, men den aktuelle formuleringen viser på en god måte hva som er det sentrale med informasjon som gis til

⁷⁰ Forskrift nr.1500/2003, merknad til § 3 nr. 4

ikke-profesjonelle parter – informasjonen må være av en karakter som gjør at vedkommende forstår hvilket risikobilde som knytter seg til tjenesten. Behandleren må med andre ord sørge for at pasienten får den informasjonen om risiko og bivirkninger som er nødvendig for at pasienten skal danne seg et realistisk bilde av behandlingen risiko og bivirkninger.

En del behandlingsformer vil være tilnærmet risikofrie, som healing. Ved de manuelle behandlingsformene er risikobildet et annet. Det avgjørende er at behandleren er bevisst på hvilket risikobilde som knytter seg til behandlingsformen, og sørger for å gi ut sannferdig informasjon om dette.

5.4 En pasientorientert informasjonsplikt

En annen problemstilling er hvilken informasjonsstandard som skal legges til grunn ved vurderingen. Er det pasientens synspunkt eller behandlerens synspunkt som skal være utgangspunktet for vurderingen?

Culpanormens vurderingstema som presentert i punkt 3.4, er om behandleren har tilsidesatt de krav og forventninger pasienten kan ha til virksomheten. Med utgangspunkt i dette er det pasientens synspunkt og behov for informasjon som bør være styrende. Jeg har ikke funnet rettspraksis om problemstillingen i relasjon til den alminnelige culpanormen, men en uttalelse i Røeggen-dommen kan være veiledende. Her ble det fremhevet at «ved salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke-profesjonelle investorer, må banken forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på». Det er med andre ord den profesjonelle parten som må sørge for at kunden får den informasjonen vedkommende trenger. Selv om saken gjaldt finansieringsprodukter er den likevel illustrerende for andre avtaleliggende relasjoner. Uttalelsen er generelt utformet, og har en klar parallell til culpanormen, ved at den fremhever at det er den ikke-profesjonelle parts forventninger som er avgjørende for informasjonskravet.

Problemstillingen har vært drøftet i relasjon til helserettens informasjonskrav, hvor spørsmålet har vært om en objektiv behandlerstandard eller pasientens behov skal være utslagsgivende. En objektiv behandlerstandard innebærer at behandleren skal gi den informasjon en normalt ansvarlig behandler på vedkommende felt ville gitt sine pasienter i tilsvarende situasjon.⁷¹ Sinding-Aasen fastholder at «det må være den individuelle pasientens egendefinerte behov som er bestemmelse for omfanget» av opplysningsplikten.⁷² Med det som utgangspunkt skisseres en informasjonsplikt basert på den informasjonen som gjør at pasienten kan ta et forsvarlig valg, sett

⁷¹ Med bakgrunn i Sinding-Aasen 2, s. 385 flg.

⁷² Sinding-Aasen 2 s. 394

hen til individuelle forutsetninger.⁷³ Helserettens informasjonskrav synes her å være sammenfallende med den løsningen som følger av culpanormens vurderingstema. Det får derfor betydning for erstatning ved alternativ behandling.

Reelle hensyn tilsier den samme løsningen. Kravet om nødvendig informasjon relaterer seg til pasientens behov for å vurdere sin egen situasjon. Dette hensynet står minst like sterkt ved alternativ behandling som i helseretten. Sett i lys av culpanormens vurderingstema, er det hensiktsmessig å legge en tilsvarende forståelse til grunn ved alternativ behandling. Som et utgangspunkt må pasienten i stor grad ha behov for å ta informerte valg på dette området. Det vil heller ikke innebære store belastninger for behandleren å tilrettelegge informasjonen på denne måten.

5.5 Virkningen av manglende samtykke

Problemstillingen er hvilken virkning et mangelfullt samtykke har ved vurderingen av culpa.

Utgangspunktet er at i en situasjon hvor samtykket er mangelfullt, foreligger det brudd på et forsvarlighetskrav. Spørsmålet er om dette er ansvarsbetingende. Ansvaret betinges av at behandleren av hensyn til skaderisikoen kunne handlet annerledes, og om en alternativ handling kunne forhindret at skaden oppsto.

Høyesteretts avgjørelse i Nervesvulst-dommen illustrerer godt hvordan problemstillingen kan være i praksis. Pasienten hadde mottatt informasjon om diagnosen. Diagnosen var stilt på fullt forsvarlig måte, og det kunne ikke knyttes ansvar til denne delen av legens opptreden. Pasienten hevdet imidlertid at det legen burde gjort var å informere om «muligheten for at det kunne være en nervesvulst, og at det i så fall kunne være en fare for nerveskade».⁷⁴ Pasienten hevdet at han ville valgt vekk operasjonen dersom denne informasjonen forelå. Pasienten fikk ikke medhold, med begrunnelsen at det ikke forelå tilstrekkelige årsakssammenheng.

Tilsvarende situasjoner tenkes ved alternativ behandling. Et eksempel er pasienten som får mageproblemer av homøopatbehandling, en effekt eller bivirkning han ikke var informert om. For at erstatning skal være aktuelt må informasjonsmangelen innebære et økonomisk tap, men i praksis er det ikke usannsynlig at det utelates informasjon om effekter som ikke i seg selv medfører risiko.

⁷³ Forutsetningsvis i Sinding-Aasen 2 s. 294 - 295

⁷⁴ S. 1174 - 1175

Den alternative handling er i denne situasjonen å gi informasjon. Informasjon i seg selv hindrer ikke at en skade oppstår. Informasjonen gjør imidlertid at pasienten blir satt i stand til å vurdere om vedkommende ønsker å motta behandlingen. Pasientens perspektiv er at samtykket ikke ville blitt gitt dersom informasjonen er god nok. Høyesterett har i flere avgjørelser fra helserettens område fremhevet at svikt som medfører at et samtykke ikke er informert er ansvarsbetingende. I Nervesvulst-dommen nevnt over synes det forutsatt at det manglende samtykket ville vært ansvarsbetingende dersom vilkåret om årsakssammenheng var oppfylt. Dommen ble avsagt før reglene om informasjonssvikt ble tatt inn i pasientlovgivningen, og gir uttrykk for generelle prinsipper som gjelder utøvere som tilbyr helsehjelp.

Et annet eksempel er Rt. 1998 s. 1538 (Cauda equina), hvor en pasient fikk nerveskade etter en operasjon i ryggen. Høyesterett kom frem til at det forelå informasjonssvikt, og bygget sitt resultat delvis på Nervesvulst-dommen og de da nye reglene om informasjonssvikt i helseretten. Førstvoterende fremhevet en forarbeidsuttalelse, hvor det ble lagt til grunn at det er informasjonssvikt der "legen mot beste helsefaglige skjønn unnlater å orientere pasienten om alternative behandlingsformer eller risikoforhold ved en undersøkelse eller behandling. I den utstrekning det foreligger årsakssammenheng, bør skade som følge av mangel på slik informasjon, også gi grunnlag for erstatning. Riktignok kan det her være tale om risiko som det er nødvendig å ta for å oppnå det ønskede resultat. Skaden rammer imidlertid uventet p.g.a. manglende informasjon, og pasienten bør derfor ha krav på erstatningsrettslig vern. Arbeidsgruppen forutsetter her at det har vært mulig å informere pasienten før undersøkelse eller behandling ble satt i verk».

Verken rettspraksis eller teori drøfter erstatning på bakgrunn av fullt forsvarlig behandling utenfor helserettens område. Spørsmålet om erstatning for manglende informert samtykke må løses ut fra alminnelige culparettslige betraktninger og reelle hensyn.

Et hovedformål med culpaansvaret er å beskytte pasienten mot det uventede i behandlerens opptreden. Også skader som inntreffer på grunn av manglende informasjon vil være uventede for pasienten. Dette hensynet må ses i sammenheng med hensynet til pasientens autonomi. Ved fare for personskade er det sentralt at pasienten selv får ta avgjørelsen om behandlingen ønskes. Dette hensynet har stor vekt i helseretten, og får ikke mindre betydning utenfor helserettens område. I tillegg vil det være relativt enkelt for behandleren å sørge for at pasienten får tilstrekkelig informasjon, mens konsekvensene for pasienten ved å motta lite informasjon potensielt kan bli store. Generelle betraktninger om hvem som står nærmest til å sørge for at behandlingen gjennomføres på mest mulig tilfredsstillende måte for pasienten kan også være veiledende.

Pasienten og den alternative behandleren er i et avtalelignende forhold, hvor behandleren er den sterkeste parten. Sett hen til dette synes det ikke urimelig at informasjonssvikt kan medføre erstatningskrav.

6 Pasientens egeneksponering for risiko

6.1 Innledning

Skadelidtes forhold kan få særlig betydning i culpavurderingen dersom vedkommende frivillig har satt seg selv i en risikofylt situasjon. Som nevnt i punkt 4.4.2, kan pasientens opplysningssvikt ha betydning for risikofordelingen, og potensielt være erstatningsfrie. I erstatningsrettslig teori og rettspraksis behandles pasientens forhold etter reglene om samtykke til risiko eller aksept av risiko.

Den klassiske situasjonen er der skadelidte samtykker til å bli utsatt for den handling som fører til skaden.⁷⁵ Et nærliggende eksempel er pasienten som samtykker til en operasjon.

Problemstillingen i det følgende er når et samtykke kan medføre at behandleren går fri for erstatningsplikt.

6.2 Ansvarsfrie samtykke

I den alminnelige erstatningsretten er det antatt at skadelidte med forutgående samtykke kan frita skadevolder for erstatningsplikt. Dette er imidlertid ikke hjemlet i lov, og det er heller ikke eksempler fra Høyesteretts praksis på at det eksplisitt er benyttet en «selvstendig samtykkeregulering som grunnlaget for frifinnelse».⁷⁶

Det finnes imidlertid rettspraksis som gir uttrykk for at en slik samtykkeregulering er akseptert i Høyesterett. Anfindsen trekker frem både Rt.1938 s.372 og Rt.1966 s. 1485 til støtte for et slikt synspunkt.⁷⁷ I Rt.1938 s. 372 uttaler førstvoterende at «At det er lovlig adgang til på forhånd å fraskrive seg erstatningskrav for legemsskade, er alminnelig antatt i litteraturen og, så vidt jeg kan forstå, forutsatt i lovgivningen». I litteraturen synes det også å være enighet om at samtykke kan være erstatningsfrie.⁷⁸

Samtykke til risiko er særlig aktuelt i helseretten, hvor det som et utgangspunkt vil knytte seg risiko til behandling. Spørsmålet om erstatningsfrie samtykke ved alternativ behandling er ikke berørt i verken rettspraksis eller teori. Det ikke tungtveiende grunner som taler mot en slik løsning. Et grunnleggende hensyn bak alternativ behandlingsloven er prinsippet om pasientens

⁷⁵ Se f.eks. Nygaard s. 305

⁷⁶ Anne Marie Frøseth Anfindsen, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, (avhandling for graden dr.juris 2008) s. 147

⁷⁷ Se s. 147

⁷⁸ Se bl.a. Kjønsstad (2005)

valgfrihet.⁷⁹ En pasient skal selv kunne avgjøre hva han ønsker å motta av behandling, og hva slags risiko han ønsker å utsette seg for. Kravet til informert samtykke er i stor grad er begrunnet i hensynet til at pasienten selv skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Ønsker pasienten å sette seg i en dårligere situasjon ved å utsette seg for risiko uten erstatningsmulighet så bør det være mulig.

En forutsetning er at samtykket må være et uttrykk for pasientens vilje. Herunder må samtykket være avgitt frivillig. Samtykke avgitt på bakgrunn av tvang er ikke et reelt samtykke, og har ikke ansvarsfriende virkning.⁸⁰

En annen problemstilling er samtykkets omfang. I erstatningsrettslig teori og rettspraksis er det lagt til grunn at en skadelidt ikke kan samtykke til den risiko han ikke kjenner til.⁸¹ Anfindsen formulerer dette som at samtykket må rette seg mot «et konkret og kjent skadeutslag».⁸² Dette var tilfelle i Rt.2001 s. 1646 (KOLS-dommen), hvor en arbeidstaker som utviklet KOLS som følge av risiko på arbeidsplassen fikk erstatning ettersom nektelse for risiko vedkommende ikke var kjent med ville «medføre at de arbeidere som er kjent med at de har et risikofylt arbeid, ville bli pålagt risikoen også for andre beslektede risiki som de ikke kjenner til, og som de av den grunn ikke har foranledning til å forholde seg til ved egne forebyggende tiltak». Dommens vurderingstema var i utgangspunktet det ulovfestede objektive ansvar, men formuleringen bekrefter at utgangspunktet er at et erstatningsfriende samtykke kun omfatter den risiko skadelidte er kjent med.

Også i helseretten er kjennskap til skaderisikoen grunnleggende, hvor forutsetningen for at samtykket skal frita for risiko er at «pasienten er blitt informert om og har samtykket til denne skaderisikoen».⁸³

Det samme utgangspunktet må gjelde ved alternativ behandling: pasienten kan ikke samtykke til risiko vedkommende ikke kjenner til. En annen løsning innebærer i prinsippet en uthuling av pasientens adgang til å søke erstatning. Det klare samtykketilfellet vil være der pasienten har fått informasjon om den risikoen som senere realiserer seg, og til tross for dette velger å benytte seg av behandlingen. Som eksempel kan nevnes der pasienten har underliggende sykdom som tilsier at naprapatbehandlingen kan medføre risiko for kroniske plager. Dersom pasienten har fått informasjon om dette på forhånd, dekker samtykket risikoen i tråd med de alminnelige prinsipper nevnt over.

⁷⁹ Prinsippet om respekt for enkeltindividets integritet er et grunnleggende, ulovfestet prinsipp, som blant annet kommer til uttrykk gjennom EMK sine bestemmelser.

⁸⁰ Se Nygaard s. 303 flg.

⁸¹ Lødrup s. 189 jf. Nygaard s. 306

⁸² Anfindsen, s. 152

⁸³ Sinding-Aasen (2000) s. 628

Et annet tilfelle er pasienten som ender opp med ryggplager etter manuell behandling. Pasienten hevder at han rett nok samtykket til behandlingen, men at han ikke var informert om risikoen for ryggplager. Samtykket omfatter klart nok behandlingen, men problemet er om samtykket også omfatter muligheten for skade. Samtykkets omfang må med andre ord fastlegges gjennom en tolkning. Dette fremheves av blant annet Nygaard, som uttaler at rettesnoren må være om det var «naturleg og nærliggjande sett frå skadelidnes side at slik skade ville skje, ut frå den situasjon hans samtykkedisposisjon refererte til».⁸⁴

En ytterligere situasjon er der pasienten informeres om en viss risiko for skade som knytter seg til behandlingen, hvorpå det i etterkant viser seg at pasienten har fått en annen skade.

Problemstillingen er om den aktuelle skaden omfattes av samtykket. Anfindsen fremhever at «samtykket må omfatte risiko av samme art og grad som den som førte til skaden».⁸⁵ Tilsvarende synes forutsatt i rettspraksis, jf. blant annet KOLS-dommen nevnt tidligere. Det er betenkelig å legge dette ubetinget til grunn i alle saker. Et grunnleggende hensyn ved alternativ behandling er pasientens autonomi. Om pasienten er villig til å utsette seg for aktuell risiko, vil ha sammenheng med alder og livssituasjon for øvrig. Av hensyn til dette bør det utvises varsomhet med å fravike det som klart lå i samtykket uten holdepunkter.

6.2.1 Aksept av risiko

Fra samtykkesituasjonen som skissert over er det en glidende overgang til det som omtales som aksept av risiko. Problemstillingen ved aksept av risiko kan formuleres som pasienten med sine handlinger har akseptert å bli utsatt for den risiko som har realisert seg. Ved aksept av risiko er imidlertid utgangspunktet det samme – pasienten har frivillig satt seg i den risikofylte situasjonen. Problemstillingen er ompasientens utsagn eller opptreden innebærer at vedkommende har akseptert risikoen som følger av aktiviteten. Det er med andre ord en annen side av samtykkekravet. Hvor langt går pasientens utsagn i retning ansvarsfritak for behandleren?

En annen situasjon er der pasienten ikke har fått informasjon om risiko som i ettertid viser seg å være en påregnelig skadefølge. I rettspraksis synes utgangspunktet å være at skadelidte ved å sette seg i den farefylte situasjonen aksepterer den risiko som normalt knytter seg til aktiviteten. Et eksempel finnes i Rt. 1988 s. 1272 (Ridedommen), hvor en jente ble skadet under en ridetur. Høyesterett uttalte at «Etter mitt syn må man da se det slik at hun - og for så vidt også hennes foreldre - hadde akseptert den risiko som ordinært følger med hestestell og ridning», og at skader som fulgte denne risiko ikke kunne erstattes. Støtte for dette synspunktet kan også søkes i Alpingdommen, hvor Høyesterett fremhevet at det ved sport måtte kreves en «høy grad av

⁸⁴ Nygaard s. 307

⁸⁵ Anfindsen s. 152

aktsomhet» fra utøverne. Uttalelsen tyder på at det er anledning til å legge stor vekt på at skadelidte frivillig har satt seg i den risikofylte situasjonen. Aksept av risiko var imidlertid ikke ansvarsfrie i noen av sakene.

Overført til alternativ behandling kan dette tilsi at pasienten, ved å la seg behandle, aksepterer å bli utsatt for den risiko som følger av forsvarlig utøvelse. Som eksempler kan nevnes muskel- og leddsmerter etter manuelle behandlingsformer som naprapati eller osteopati. I disse tilfellene er det grunn til å utvise forsiktighet med å tolke samtykket utvidende til å omfatte risikoen for skade. I de dommer hvor Høyesterett har kommentert dette knytter skadepotensialet seg først og fremst til skadelidtes opptreden. Det motsatte er tilfelle ved alternativ behandling, hvor pasienten i de fleste tilfeller er prisgitt behandlerens kompetanse og informasjon. Svært utvidende tolkninger på dette området vil være i strid med hensynene bak samtykkeadgangen. Når samtykke kan aksepteres som ansvarsfrie, er det på bakgrunn av at pasienten har mottatt informasjon som tilsier at skaden i slike tilfeller ikke vil være uventet eller upåregnelig. Pasienten kan verne seg mot risikoen for skade ved å velge ikke å motta behandling. Det er ikke realiteten dersom pasienten ikke mottar tilstrekkelig informasjon fra behandleren, eller denne ikke er åpen om at utfallet er usikkert.

Det bør også tas hensyn til at det er snakk om helsemessige spørsmål, hvor pasientens behov for vern er særlig sterkt der det er risiko for integritetskrenkelser. Erstatning etter culpanormen er en sikkerhetsventil for pasientene på dette området, og eventuelle unntak til erstatningsadgangen må av hensyn til pasienten begrunnes godt. Det kan drøftes om det at behandleren eventuelt forventer å gå fri for ansvar kan ha betydning. Sett hen til at det for den behandler som frivillig påtar seg å yte helsehjelp utenfor helsevesenet, gjelder strenge krav til aktsomhet, bør slike hensyn ha begrenset vekt.

Et moment som taler mot å vektlegge aksept av risiko-betraktninger, er at risikoen for skade ikke nødvendigvis er synbar for pasienten ved alternativ behandling. I både Ridedommen og Alpindommen var det åpenbare faremomenter som ridning og skikjøring. Når Høyesterett ikke anså skadelidtes opptreden for å være ansvarsfrie, er grunn til å være varsom med å legge slike betraktninger til grunn for alternativ behandling. Risikoen for skade vil kunne være langt mindre synbar for pasienten ved alternativ behandling. En fravikelse av utgangspunktet om informert samtykke på dette området vil i tilfelle representere en uthuling av informasjonskravet.

6.3 Behandlerens uaktsomme opptreden

I rettspraksis er det forutsatt at et samtykke må avgrenses mot skadevolders uaktsomme handlinger. Det fremgår av blant annet Ridedommen, hvor Høyesterett legger samtykke til grunn

som potensielt ansvarsfriende, men fastholder at skadelidte ikke kan anses for å akseptere den risiko som følger av skadevolders uaktsomme opptreden. Tilsvarende i Alpindommen, hvor det ble uttalt at skadelidte «må kunne forvente at de ikke møter ekstraordinære risikomomenter uten forvarsel. Dersom varsel ikke kan anses tilstrekkelig, må risikomomentet fjernes, eller det må foretas en spesiell sikring av stedet for å avverge ulykker».

Tungtveiende grunner taler for å legge det til grunn ved alternativ behandling. Når pasienten kan samtykke til skade, er det fordi skaden i slike tilfeller ikke vil være uventet eller upåregnelig.

Pasienten kan verne seg mot risikoen for skade ved å velge ikke å motta behandling.

Behandlerens uaktsomhet kan han derimot ikke verne seg mot.

6.4 Avgrensing mot betydelig skade

En problemstilling er hvor langt samtykket rekker. Hovedregel i strafferetten er at skadelidte ikke kan samtykke til å bli påført betydelig skade, jf. straffeloven §§ 9 og 235. Problemstillingen er om det i erstatningsrettslig sammenheng gjelder en yttergrense for samtykkets rettsvirkning.

Som generelt utgangspunkt kan et samtykke gå lenger i erstatningsretten enn i strafferetten, ettersom skadelidte i stor grad har frihet til å gi avkall på reparasjonshensynet fremfor prevensjonshensynet.⁸⁶ Nygaard fremhever imidlertid at samtykket må begrenses dersom det er «imod Loven, eller Ærbarhed» jf. NL 5-1-2 å gi samtykket ansvarsfriende betydning.⁸⁷ Begrepet «Ærbarhed» er ikke enkelt å definere, men i denne sammenheng er det nærliggende å tolke begrepet som «samfunnsmoral» eller «moral».⁸⁸ Med dette som utgangspunkt er den konkrete problemstillingen om det vil stride mot samfunnsmoralen å gi samtykket ansvarsfriende virkning.

Som eksempel kan nevnes pasienten som har forsøkt alt, uten bedring. Vedkommende oppsøker en alternativ behandler, som sier at det finnes en behandlingsform som kan forsøkes, men at behandlingen medfører risiko for potensielt alvorlig skade. Pasienten velger å gjennomføre behandlingen. Et ansvarsfriende samtykke har store økonomiske konsekvenser for pasienten, i en allerede vanskelig situasjon. Hensynet til samfunnsmoral tilsier ikke ansvarsfrihet.

Behandleren vil på sin side ha en forventning om å gå ansvarsfri. Det kan for eksempel tenkes at vedkommende kun utførte behandlingen under forutsetningen om ansvarsfrihet. Sett hen til at det gjelder en streng aktsomhetsnorm for alternative behandlere, bør dette momentet ha begrenset betydning.

⁸⁶ Nygaard s. 308 jf. Anfindsen s. 156

⁸⁷ Nygaard s. 308

⁸⁸ Se bl.a. Anfindsen s.156 om dette

En parallell kan trekkes til helseretten, hvor pasienten kan samtykke til betydelig skade dersom det foreligger medisinsk indikasjon, for eksempel amputasjon på grunn av alvorlig infeksjon. Nyttan av skaden er dermed større enn ulempene. Tilsvarende situasjon vil alternative behandlere ikke stå overfor, og pasientene er i tillegg sårbare. Mange vil nok være villige til å forsøke det meste, uten nødvendigvis å reflektere over de faktiske konsekvensene. Det kan virke svært urimelig om pasienten i har adgang til å søke erstatning. En mer rimelig løsning kan være avkortning etter medvirkningsregelen i skadeerstatningsloven § 5-1.

6.5 Kort om medvirkning

Selv om det foreligger erstatningsbetingende uaktsomhet fra behandlerens side, kan pasientens erstatning settes ned eller faller bort dersom vedkommende har «medvirket til skaden ved egen skyld» eller «har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden», jf. skadeserstatningsloven § 5-1 nr.1 og nr. 2. Høyesterett valgte denne løsningen i blant annet Alpingdommen, hvor skadelidte fikk sin erstatning redusert med 1/3. For pasienter vil dette medføre en mer rimelig løsning, ettersom medvirkning ikke nødvendigvis fører til at kravet i sin helhet faller bort. I tilfeller hvor pasienten enten har gitt et samtykke som ikke nødvendigvis dekker den aktuelle risikoen, eller der pasienten ikke har bidratt med alle relevante opplysninger, kan dette være en mer aktuell løsning. I teorien er det antatt at «skadelidtes forhold først og fremst skal vurderes etter medvirkningsregelen i § 5-1».⁸⁹ Det er vanskelig å si om dette også vil gjelde ved alternativ behandling, ettersom hensynet til pasientens valgfrihet står sterkt på området for helserelaterte tjenester.

⁸⁹ Kjønsstad (2002) s. 403

7 Avsluttende bemerkninger

Min problemstilling har vært å undersøke hvilke krav som kan stilles til den alternative behandlerens aktsomhet. En pasient som utsettes for feilbehandling kunne kreve erstatning etter den alminnelige culperegelen, hvor det må foretas en helhetsvurdering av behandlerens opptreden. Rettskildene tilsier at behandlerne er underlagt en streng aktsomhetsvurdering, ettersom feilbehandling kan ha store og alvorlige konsekvenser for pasienten. Behandlerne kan i stor grad gå fri for ansvar, ved å sørge for god informasjon og dialog med pasienten.

Gjennom arbeidet med oppgaven har jeg kommet frem til at pasientens vern ved alternativ behandling er svakt. Den rettslige reguleringen på området er minimal. Til tross for at et uttalt formål bak forbudsreglene er å beskytte pasienten, er realiteten at pasienten oppsøker alternativ behandling i liten grad kan forutberegne sin rettsstilling. Mangelen på skrevne normer er spesielt problematisk. I en tenkt situasjon kan det tenkes at en pasient som skades under alternativ behandling, ønsker å søke erstatning. Pasienten er syk og i en sårbar situasjon. Når det ikke finnes skrevne normer utover bestemmelsene i alternativ behandlingsloven, vil det være svært vanskelig for pasienten å finne ut hvordan han skal gå frem, og om han i det hele tatt har et krav. For mange vil realiteten være at det er nødvendig med juridisk bistand. Etter mitt syn innebærer dette at terskelen for å kreve erstatning for feilbehandling er høyere enn hva som er hensiktsmessig.

Som et eksempel på den skeive situasjonen kan nevnes veterinæren som tilbyr akupunktur til husdyr.⁹⁰ Veterinæren vil være bundet av relativt strenge normer for opptreden også her. Dersom dyret dør finnes det både uavhengig nemnd som kan vurdere forsvarligheten, og mattilsynet kan kontrollere virksomheten og eventuelt sanksjonere veterinæren. Ved personskaade etter alternativ behandling finnes ikke disse mulighetene. Det er med andre ord et behov for å regulere pasientens rettigheter ved alternativ behandling i lovs- eller forskrifts form.

⁹⁰ Eksempel: <http://www.dyreklinikk.no/kunnskap/fagartikler/akupunktur-ogsa-for-pasienter-i-pels.html> (tilgjengelig 10.12.13)

8 Litteraturliste:

8.1 Bøker

- Anfindsen (2008) Anfindsen, Anne Marie Frøseth, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, avhandling for graden doctor juris, (Bergen 2008)
- Befring (2005) Befring, Anne Kjersti, *Lov om alternativ behandling – med kommentarer* (Oslo 2005)
- Færstad (2011) Færstad, Jan-Ove, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, avhandling for graden doctor juris, (Bergen 2011)
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2.utgave (Oslo 2011)
- Lødrup (2009) Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave (Oslo 2009)
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgave (Bergen 2007)
- Sinding-Aasen (2000) Sinding-Aasen, Henriette, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, (Bergen 2000) Forkortelse: Sinding-Aasen 2
- Thorson (2011) Thorson, Bjarte, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, (Oslo 2011)

8.2 Artikler

- Kjønstad (2005) Kjønstad, Asbjørn, En modell for culpavurderingen, *Tidsskrift for erstatningsrett* nr. 2 2005 s. 87 -120 (TFE-2005-87))
- Kjønstad (2002) Kjønstad, Asbjørn, Aksept av risiko - om etablering og bortfall av en rettslig figur i norsk erstatningsrett, *Bonus Pater Familias - Festskrift til Peter Lødrup 70 år* 2002 s 377-403 - (FEST-2002-pl-377)
- Ramm (2010) Ramm, Jorunn, Helse – flere velger alternativt, *Samfunnsspeilet*, 2010 s. 33 – 40. Publisert på Statistisk Sentralbyrå sine nettsider (www.ssb.no)

Sinding-Aasen 1 (2002)

Sinding-Aasen, Henriette, Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeerstatning for informasjonssvikt, *Nybrott og Odling - festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 2002* s 225-238 -(FEST-2002-nn-225) Forkortelse: Sinding-Aasen 1.

Truyen (2007)

Truyen, Filip, Aksjeanalyse og informasjonsansvar, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2007 s. 85 (TRF-2007-85)

8.3 Lover

Alternativ behandlingsloven

Lov om alternativ behandling av sykdom mv. av 26. juni 2003 nr. 64

Helsepersonelloven

Lov om helsepersonell mv. av 2. juli 1999 nr.64

8.4 Opphevede lover

Kvakksalverloven

Lov om innskrenkingen i adgangen til den som ikke er helsepersonell til å ta syke i kur av 19.juni 1936 nr. 9

8.5 Forskrifter

Markedsføringsforskriften

Forskrift om markedsføring av alternativ behandling. FOR-2003-12-11 nr. 1501

Registerforskriften

Forskrift om frivillig registerordning for utøvere av alternativ behandling. FOR-2003-12-11 nr. 1500

8.6 Forarbeider

Ot.prp. nr. 27 (2002-2003)

Om lov om alternativ behandling av sykdom mv.

NOU 1998:21

Alternativ medisin

Ot.prp. nr. 31 (1998 -1999)

Om lov om erstatning ved pasientskader

Innst.O.nr.92 (1984 -1985)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i erstatningslovgivningen (ansvar for dyr, regress, lempning m.m. og endringer i bilansvarsloven)

8.7 Andre kilder

Utøvere registeret for alternative behandlere

Brønnøysundregisterets internettsider
(www.brreg.no) <http://w2.brreg.no/altbas/>
(Tilgjengelig 01.12.13)

NAFKAM-undersøkelsen

Publisert på NAFKAM sin portal
(www.nifab.no)
[http://nifab.no/om alternativ behandling/tall og fakta/nafkam undersokelsen 2012](http://nifab.no/om_alternativ Behandling/tall_og_fakta/nafkam_undersokelsen_2012)
(Lastet ned 01.12.13)

NIFAB-undersøkelsen

Publisert på NAFKAM sin portal
[http://nifab.no/om alternativ behandling/tall og fakta/nifab undersokelsen 2007](http://nifab.no/om_alternativ Behandling/tall_og_fakta/nifab_undersokelsen_2007) (Lastet ned 01.12.13)

Fyresdal Kommune

www.fyresdal.kommune.no
[http://www.fyresdal.kommune.no/Lokaldemokrati/Ordforarens side/2012 des.aspx](http://www.fyresdal.kommune.no/Lokaldemokrati/Ordforarens_side/2012_des.aspx) (Tilgjengelig 01.12.13)

Balder klinikken

www.balderklinikken.no
<http://www.balderklinikken.no/behandlere>
(Tilgjengelig 01.12.13)

8.8 Domsregister

Ridedommen

Rt. 1938 s. 372
Rt. 1964 s. 446
Rt. 1965 s. 155
Rt. 1966 s. 1485
Rt. 1985 s. 931
Rt. 1988 s. 1272
Rt. 1991 s. 1335
Rt. 1993 s. 1169
Rt. 1996 s. 1473

Nervesvulstdommen

Cauda equina-dommen	Rt. 1998 s. 1538
Asfaltkantdommen	Rt. 2000 s. 253
Finansiell rådgivning-dommen	Rt. 2000 s. 679
Jordmor-dommen	Rt. 2000 s. 1050
Alpindommen	Rt. 2000 s. 1991
KOLS-dommen	Rt. 2001 s. 1646
	Rt. 2006 s. 535
	Rt. 2010 s. 24
Røeggen-dommen	Rt. 2013 s. 388
	LG-2006-40058

8.9 Nemndsvedtak

HPN-2010-210
 HPN-2006-108
 HPN-2009-32